Digitized by Google

257. 10. C. 20

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

254 10-I-22-39

TRAITÉ

DES

CHOSES PUBLIQUES

EN GÉNÉRAL

ET

DES DROITS QUI EN DÉRIVENT,

PAR

M. LÉON WODON,

JUGE D'INSTRUCTION DE L'ARRONDISSEMENT DE NAMUR,
ANCIEN AVOCAT DU BARREAU DE LIÉGE.

BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMPAGNIE, LIBRAIRES-ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

1870

Digitized by Google

TRAITÉ

DES

CHOSES PUBLIQUES

EN GÉNÉRAL

ET DES DROITS QUI EN DÉRIVENT.

Digitized by Google

Brux. Imp. Bruylant-Christophe et Cie, rue Blaes, 33.

Digitized by Google

TRAITÉ

DES

CHOSES PUBLIQUES

EN GÉNÉRAL

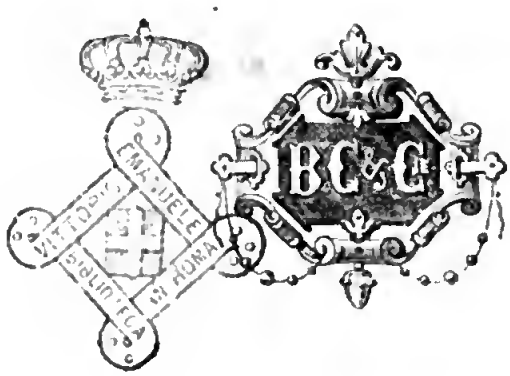
ET

DES DROITS QUI EN DÉRIVENT,

PAR

M. LÉON WODON,

JUGE D'INSTRUCTION DE L'ARRONDISSEMENT DE NAMUR,
ANCIEN AVOCAT DU BARREAU DE LIÉGE.



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMPAGNIE, LIBRAIRES-ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

1870

Digitized by Google

Digitized by Google

BUT DU TRAITÉ.

Ce traité a pour but d'obvier à une lacune de notre droit public interne, en présentant l'analyse de la véritable nature et des caractères fondamentaux du domaine public.

Il s'attache principalement à dégager la propriété de l'usage, à distinguer au fond l'administration de ces deux éléments remarquables de la chose publique.

Depuis la publication de notre *Traité de la Possession*, la cour de cassation belge a, par son arrêt du 10 janvier 1867 (*P. B.*, 1867, 1, 117), consacré cette distinction et les principes que nous avions défendus.

Digitized by Google

Toutefois, cet arrêt n'a pas une portée générale, il se restreint aux chemins vicinaux. Et même en pareille matière, comme en matière de cimetières et de canaux publics, la cour de cassation belge, par plusieurs arrêts, admet que de telles choses peuvent se constituer à l'état de servitude sur la propriété d'autrui, et appartenir au domaine public revêtues d'un semblable caractère.

Nous croyons ce système très-imparfait, et contraire à toutes les notions transmises par les diverses législations qui se sont succédé.

Nous coordonnons et réunissons dans un même faisceau toutes les choses du grand et du petit domaine public, telles que rivières navigables ou flottables, canaux publics de navigation, rivages de la mer, ports, havres, rades, domaine public militaire, grande et petite voirie publique, églises, édifices, cimetières, etc. Et nous soumettons toutes ces choses indistinctement aux mêmes règles générales, aux mêmes principes, aux mêmes conséquences légales.

D'un côté, nous établissons que tous usages constitués ou concédés sur la chose publique sont essentiellement précaires, personnels et révocables, qu'ils sont

gouvernés exclusivement par des règles de droit public et administratif.

D'autre part, nous prouvons que depuis tout temps la chose publique renferme l'élément incontestable du droit de propriété, dont on voudrait si souvent aujourd'hui faire abstraction; que même son sol est nécessairement public, et doit être la propriété indispensable de l'État général, provincial ou municipal appelé à en gouverner l'usage.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRAITÉ

DES

CHOSES PUBLIQUES

EN GÉNÉRAL

ET DES DROITS QUI EN DÉRIVENT.

INTRODUCTION.

Il existe dans le monde trois catégories de choses bien distinctes et qui ont toujours été séparées dans toutes les législations successives : 1° les choses *communes*, telles que l'eau, l'air, le feu, la lumière ; ces choses ne sont pas susceptibles de la possession de l'homme ou de l'État ; 2° les choses *publiques* ou celles destinées par la loi à l'usage ou à l'utilité de tous les habitants d'un État quelconque ; ces choses sont capables de la possession exclusive de l'État ; elles échappent à celle des particuliers ; 3° enfin les choses *pri-*

Digitized by Google

rées, régies par les principes de la propriété ordinaire; l'homme ou l'État peut se les approprier.

Notre but est d'étudier spécialement les choses publiques et de les ramener à un système complet et uniforme de codification.

Les choses publiques doivent être envisagées sous un triple point de vue : sous le rapport de leur juridiction ou de leur administration, sous celui de leur propriété et sous celui de leur usage.

Nous suivrons donc, dans ce Traité, l'ordre de ces idées; nous examinerons les choses publiques sous ce triple aspect, que Méan et d'autres jurisconsultes célèbres avaient déjà signalé dans nos contrées, à propos des rivières publiques (1).

(1) MÉAN, obs. 293, nos 5, 6, 7; DE GHEWIET, *Instit. belg*, part. II, t. II, §§ 9, 11 et 12; ZYPEUS, liv. X, *de Jure fisc.*; PERESIUS, *de alluv., in fine*; CHAMART, liv. II, tit. I, §§ 20 et 22; SOHET, liv. II, t. XLVII, n° 1 et liv. III, t. I, nos 1-5; GOBIUS, quest. 21, n° 1; HERINGIUS, quest. 15, n° 16, etc.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

DE LA JURIDICTION OU DE L'ADMINISTRATION DES CHOSES PUBLIQUES.

1. Pour bien saisir l'explication de ce chapitre, il faut d'abord se rendre compte de nos institutions politiques constitutionnelles et de la manière dont le pouvoir s'y exerce.

On confond assez généralement l'*État* avec ce que l'on appelle *administration, gouvernement, autorité, pouvoir*. Toutes ces expressions ne sont pas synonymes, et plus d'une nuance de démarcation les sépare, les différencie.

L'État n'est pas autre chose que la nation, la société, le peuple, le public pris dans son ensemble; l'administration, le gouvernement, le pouvoir n'en sont que des dérivés.

Digitized by Google

2. Le grand principe constitutif d'une société érigée en nation, c'est sa souveraineté. C'est de la souveraineté du peuple qu'émanent tous les pouvoirs, et ce sont ces pouvoirs qui gouvernent et administrent les hommes et les choses de l'État.

C'est notamment en vertu de ce droit de souveraineté que l'État administre l'usage des choses publiques, qu'il les réglemente, les police, et prononce des peines contre ceux qui enfreignent ses prescriptions. C'est surtout à l'égard de ces choses que la puissance publique éclate dans toute sa plénitude; car alors elle naît d'un domaine souverain appartenant à la nation, et affranchi de toute autorité supérieure qui puisse le modifier ou le restreindre.

3. La souveraineté du peuple et les grands pouvoirs qui en découlent ne se sont pas toujours exercés de la même manière.

Ils apparaissent dans toute leur pureté primitive sous l'ère de la république romaine. C'est le peuple lui-même qui fait ses lois, qui juge et qui administre.

Mais les empereurs romains ne tardèrent pas à se substituer au peuple. Ils absorbèrent tous ses droits et ses pouvoirs publics, et le droit se ressentit naturellement de ce nouvel état de choses.

Après la chute de l'empire, le principe du pouvoir subit une métamorphose complète; il vint à se décentraliser entièrement dans nos contrées. De la tête des empereurs, la puissance publique passa sur celle des ducs et comtes barbares, successeurs des officiers, des *potentes* de l'empire romain.

Digitized by Google

C'est ainsi que, sous le règne de la féodalité, on vit le pouvoir public se confondre avec les impôts qui en provenaient, avec les objets de la propriété ordinaire. Il s'inféoda comme eux, et avec l'inféodation, il passa et s'éparpilla dans les mains de tous particuliers. Tout droit public, tout pouvoir public disparut; il n'exista plus guère que des droits et des pouvoirs privés.

Mais, en France, les rois de la troisième classe finirent par triompher de la noblesse. Après l'avoir vaincue, ils s'emparèrent à leur profit de l'autorité, des honneurs et des justices. Ils ramenèrent à eux seuls tous les impôts et tous les pouvoirs; ils concentrèrent sur leur chef le principe de la souveraineté du peuple. Aussi Louis XIV put-il, dans son orgueil, parfaitement s'écrier : *L'État, c'est moi !*

Il ne fallut rien moins que la révolution française pour restaurer les vrais principes, et restituer à la nation tous les droits publics et primitifs qui lui appartenaient.

4. Les choses publiques, comme choses de l'État, subirent le sort et les vicissitudes de ce dernier. Après la décadence de l'empire romain, elles tombèrent, comme l'État lui-même, dans le patrimoine des nobles et des particuliers; puis elles devinrent l'apanage du domaine royal. Mais les lois révolutionnaires rendirent les choses publiques à leur véritable maître; l'État reconquit son domaine public. Le législateur déclara positivement que les choses publiques étaient la propriété de la nation. Toutefois, il ne voulut pas que cette propriété fût administrée à l'instar des biens

ordinaires; il ne voulut pas que son usage fût soumis aux règles du droit commun, développées dans les dispositions du code civil. Il proclama que cet usage serait abandonné à des règles toutes particulières, resterait sous l'empire du droit public administratif.

5. En général, l'État abandonne la plupart des choses terrestres au domaine particulier de l'homme, les soumet à sa puissance privée; il lui concède le droit d'en user et d'en disposer de la manière la plus absolue. L'homme en a lui-même l'administration interne, conformément aux prescriptions du code civil. L'État n'intervient que dans leur administration externe, dans leurs rapports avec l'intérêt public, avec l'intérêt commun de la société.

Cependant parfois, et par exception, on voit l'État apparaître comme personne privée, posséder lui-même une partie de ces choses, à l'instar d'un simple particulier; et ces choses forment l'objet de son *domaine patrimonial*, qui tombe sous l'application des règles du code civil.

Mais indépendamment de ces biens, l'État possède encore d'autres choses, les choses publiques, formant l'objet de son *domaine public*. L'usage de ces choses n'est pas administré de la même manière privative. Leur utilité est entièrement ou presque entièrement dévolue aux besoins ou aux usages des habitants. L'intérêt public est intéressé à l'administration interne de ces choses. L'État ne peut donc les gérer qu'en vertu de sa puissance publique, de son droit de souveraineté. Et pour assurer aux choses publiques leur destination

Digitized by Google

et les faire échapper à toute espèce d'appropriation privée, la loi les place hors du commerce, les déclare inaliénables et imprescriptibles.

6. Comme chacun sait, dans nos institutions modernes, le droit de souveraineté se décompose en deux pouvoirs principaux : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; et ce dernier se subdivise, à son tour, en pouvoir judiciaire et en pouvoir administratif.

Le pouvoir législatif représente la nation par excellence. Par l'exercice de ce droit, le peuple vit politiquement et jouit du principal attribut de la souveraineté; il pense, il crée et dispose des hommes et des choses; il est souverain et absolu; il ne connaît d'autres limites que les lois éternelles de moralité, d'équité et de progrès.

Si le pouvoir législatif forme la tête de l'État, le pouvoir exécutif en est le bras éclairé. Le pouvoir exécutif, que l'on appelle aussi le *gouvernement* ou l'*autorité*, applique la volonté de la législature. C'est conformément aux lois ou décrets du pouvoir législatif qu'il juge les différends des citoyens ou qu'il administre les hommes et les choses sur tous les points qui concernent l'intérêt collectif de la société.

C'est ce dernier genre de pouvoir, le pouvoir administratif, qui est appelé à régir l'usage des choses publiques, à en retirer des impôts, à fixer, à concéder les droits que chacun peut exercer sur ces choses. L'administration agit donc ici à titre gouvernemental, à titre de pouvoir, de puissance publique, de souveraineté. Et nous verrons, au titre de l'Usage, que son

rôle actuel est bien différent, à cet égard, du système de décentralisation qui avait été admis chez les Romains. (Voy. nos 147-156.)

L'administration n'est jamais qu'une émanation, une délégation de l'État, de l'être moral ou collectif de la société. Comme l'État, elle revêt donc généralement un caractère essentiellement public.

Toutefois, nous venons de le dire, l'État et son administration se présentent quelquefois d'une tout autre façon, à l'égard du domaine patrimonial de la nation. Comme l'État possède ce domaine d'une manière privative, il n'apparaît alors que comme personne privée; et l'administration s'opère également d'une manière toute privée et économique.

Ainsi, on remarque dans l'État deux espèces de puissances quant aux choses : la puissance publique et la puissance privée.

7. Les choses de l'État se divisent en deux grandes catégories, et le rôle de l'État diffère selon qu'il s'agit de choses de l'une ou l'autre de ces catégories. Ou bien ces choses sont administrées privativement, de manière à leur faire produire exclusivement des revenus (*in pecuniâ populi*); elles constituent le domaine privé de l'État, et l'action de son administration est purement économique, équivaut à une simple tutelle du droit civil. Ou bien ces choses sont dévolues principalement aux besoins ou aux usages directs des membres du public (*in usu publico*); elles constituent le domaine public de l'État, et l'action de son administration est gouvernementale, soumise aux règles du droit public.

Digitized by Google

Le domaine public de l'État se compose des choses publiques proprement dites et qui forment la matière du présent traité.

C'est à l'égard surtout de ces choses que la puissance publique se manifeste dans toute sa force, au point d'intervenir même dans la haute administration de leur usage interne.

Nous verrons plus loin que cependant tout n'est pas également public dans le domaine de ces dernières choses. Il faut distinguer le fond ou la nature de ces choses d'avec leur utilité ou leur usage. Elles ne sont publiques, dans le sens restreint de ce mot, n'intéressent directement l'intérêt public que quant à l'administration, à la répartition de leur usage entre tous les membres de la communauté. Ces choses n'en subissent pas moins, comme tous biens quelconques, les lois de leur nature, les lois essentielles et constitutives de la propriété. C'est en vertu du droit incombant à leur nature que l'État peut posséder et prescrire, intenter les actions possessoires et pétitoires, pour tout ce qui concerne les choses de son domaine public. C'est ainsi qu'il jouit du droit d'accession et d'alluvion, qu'il jouit des droits de communauté et de voisinage, qualifiés improprement par la loi du titre de *servitudes naturelles ou légales*, etc.

On distingue donc deux éléments bien distincts dans le domaine public lui-même : un élément privé pour tout ce qui concerne sa nature, un élément public pour tout ce qui concerne son usage ou sa destination.

8. Ainsi, de déduction en déduction, nous devons

constater que le pouvoir public de l'État reste complétement étranger à la nature et à l'administration interne de toutes les choses de son territoire et susceptibles d'occupation, soit de la part des particuliers, soit de la part de l'État. Il n'intervient finalement que dans l'administration de l'usage des choses publiques proprement dites. Hors de là, le pouvoir législatif a abandonné le sort des choses en général à la puissance privée de l'homme ou de l'État, aux lois particulières du droit de propriété.

Mais à côté de l'administration interne, privée ou publique des choses, se placent les lois de police générale et d'intérêt public, qu'il faut distinguer avec soin des droits d'administration. (Voy. n°s 13, 14, 17, 40, 188, 189.) Ces lois restent un attribut perpétuel et inséparable du droit de souveraineté de la nation, et le droit de propriété doit même fléchir devant elles. Ces lois suprêmes gouvernent aussi bien les choses publiques que les choses privées : et leur infraction expose à des peines qui forment l'objet d'une partie du droit pénal.

Le droit public pèse donc, sous un double rapport, sur les choses publiques ; il pèse sur les rapports internes de leur usage, comme il pèse sur leurs rapports externes.

9. Ceci posé, il importe d'observer que l'État se subdivise en plusieurs fractionnements : l'État général ou la nation proprement dite, l'État provincial ou départemental, l'État communal ou municipal. Chacun de ces États a sa vie et son individualité propre; chacun

exerce son droit de souveraineté personnelle; chacun possède son domaine privé et son domaine public; chacun possède son corps délibérant et son pouvoir exécutif.

Toutefois, ces trois grands corps de l'État sont reliés entre eux par des liens étroits et inséparables, au point de vue de la puissance publique qu'ils exercent chacun dans leur sphère respective. La commune et la province relèvent à cet égard de l'État général, car il faut une unité administrative, sous peine de l'anarchie la plus complète.

Il faut donc distinguer avec soin l'administration privée et l'administration publique. Cette distinction s'observe aussi bien dans les communes et les provinces que dans les sphères plus élevées de l'État en général; et elle a son importance surtout en matière de choses publiques, dont l'usage appartient entièrement à l'administration publique.

Henrion de Pansey est un de ceux qui ont le mieux signalé cette distinction en ce qui concerne la commune.

« Les fonctions des corps municipaux, dit-il, se partagent en deux classes très-distinctes, qu'il est essentiel de ne pas confondre : celles qui dérivent du mandat qu'ils ont reçu de leurs concitoyens, et celles qui leur sont déléguées par la loi. Les premières constituent les fonctions municipales proprement dites; les secondes sont des fonctions administratives. Les officiers municipaux exercent les premières comme agents de leurs communes, et les secondes comme agents de

l'administration générale. La loi qui leur confère ces dernières peut les en dépouiller; les autres sont tellement inhérentes au pouvoir municipal qu'elles ne peuvent en être détachées. Enfin les premières ne leur confèrent qu'une autorité privée, et celles qu'ils tiennent de la loi les élèvent au rang des fonctionnaires publics et les placent dans la hiérarchie des pouvoirs constitués.

« Les fonctions propres au pouvoir municipal sont toutes celles qui intéressent directement et particulièrement la commune que les officiers municipaux représentent. Ces fonctions sont : 1° de régir les biens et revenus communs ; 2° de régler et d'acquitter celles des dépenses locales qui doivent être payées des deniers communs ; 3° de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à charge de la commune; 4° d'administrer les établissements qui appartiennent à la commune, qui sont entretenus de ses deniers, ou qui sont particulièrement destinés à l'usage des citoyens dont elle est composée (1). »

10. Henrion de Pansey croit aussi qu'il faut ranger parmi les fonctions municipales proprement dites celles qui consistent à faire jouir les habitants d'une bonne police, notamment dans les rues et autres lieux publics (2). Nous ne sommes pas de cet avis, et voici nos motifs :

Le pouvoir de faire et d'exécuter, dans la circon-

(1) Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XXIII.
(2) Henrion de Pansey, *loc. cit.*, chap. XXIII, et chap. XLIII, § 18.

Digitized by Google

scription de chaque municipalité, les règlements qu'exige le maintien de la police locale, est bien une concession de la puissance publique. Et la preuve, c'est qu'il a fallu des lois expresses, les lois du 14 décembre 1789, des 16-24 août 1790, des 19-22 juillet 1791, pour conférer un semblable droit aux communes, par une délégation du pouvoir législatif.

Il est clair que pareil droit ne peut provenir exclusivement du mandat que les corps municipaux ont reçu de leurs concitoyens; que jamais les habitants d'une commune ne pourraient s'arroger un tel pouvoir, sans l'assentiment d'une loi émanée de tous les citoyens du même État.

La loi qui a concédé ce droit aux communes peut parfaitement le leur retirer. Les officiers municipaux qui l'exercent agissent ici comme agents de l'administration générale, comme fonctionnaires publics.

Ce n'est pas à l'administration privée, mais c'est bien à l'administration publique des communes que les lois susdites ont confié de pareilles fonctions. Ces lois le font assez sentir en disant que ces fonctions sont propres au *pouvoir* municipal, à son *autorité*, et qu'elles sont placées sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives supérieures.

De plus, Henrion de Pansey doit convenir lui-même que ces mesures ne sont pas particulières aux communes, qu'elles ne sont pas établies dans leur intérêt seulement, qu'elles sont réclamées par la société tout entière, puisqu'elle ne se compose que de ces sociétés partielles et que l'on ne peut mettre en harmonie les

Digitized by Google

différentes parties d'un tout qu'en faisant régner l'ordre dans chacune d'elles (1). »

Les règlements de police locale sont tellement des actes éminemment administratifs relevant de la puissance publique, que la loi garantit même leur exécution et impose aux juges l'obligation de les faire respecter par des condamnations pénales contre les infracteurs.

A cet égard seulement, Henrion reconnaît que le législateur s'est, pour ainsi dire, approprié les règlements municipaux, et les a fait sortir de la classe des conventions privées pour leur imprimer le caractère et leur donner l'efficacité des actes émanés de la puissance publique.

Henrion devait aller plus loin... ; il n'a pas réfléchi que l'intervention du droit pénal ne peut se légitimer que lorsqu'il s'agit de sanctionner des actes ou des règlements d'intérêt essentiellement public et général, d'assurer l'exécution d'actes que l'État général ou municipal pose comme *pouvoir*.

11. S'il peut paraître oiseux de distinguer le règlement de police de sa sanction pénale, puisqu'ils relèvent l'un et l'autre de l'intérêt général et de la puissance publique de l'État, cependant la distinction offre son importance à d'autres points de vue.

« Les délibérations, dit très-bien Henrion de Pansey, par lesquelles les officiers municipaux règlent la police intérieure des communes ont deux caractères bien distincts : elles sont l'expression de la volonté du corps

(1) Henrion de Pansey. *Compét.*, chap. XLIII, § 18.

municipal, et sous ce premier rapport on les range dans la classe des actes administratifs. Leur infraction expose à des peines; et, sous ce second rapport, elles participent à la nature des lois pénales (1). »

Cette distinction est juste et a besoin d'être observée lorsqu'il s'agit d'apprécier la mesure de force obligatoire que peuvent comporter les actes administratifs, notamment en matière de choses appartenant au domaine public municipal.

Les règlements et arrêtés des corps municipaux, dès qu'ils sont rendus publics, sont certainement obligatoires pour tous les citoyens de la commune, chacun en ce qui le concerne.

Mais peuvent-ils obliger pénalement en dehors du territoire de la commune réglementaire? Évidemment non, car il ne s'agit plus alors d'actes administratifs purs; il s'agit d'actes administratifs transformés en lois pénales, et ces lois pénales doivent nécessairement suivre leurs principes généraux d'autonomie.

Les droits de police et les pénalités qui les sanctionnent ne doivent être confondus ni avec la propriété des choses publiques, ni avec les droits publics qui servent à gouverner l'usage de ces choses (2).

12. C'est pour avoir fait une pareille confusion que notre cour de cassation vient de tomber dans l'erreur en matière de cimetières publics, en décidant que la commune propriétaire peut, en dérogation aux prin-

(1) Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XLIII, § 20.
(2) Mon *Traité de la Possession*, nos 367, 370, 440, 443, 596.

Digitized by Google

cipes généraux, exercer et faire exécuter ses règlements de police, *même sur un sol situé hors du territoire communal* (1). Pareille exception ne se trouve pas dans la loi.

Certes, c'est à la commune propriétaire à régir son cimetière comme elle l'entend. Armée du pouvoir exécutif nécessaire à cet effet, elle a le droit exclusif de régler le mode de jouissance, de répartition et de concession des droits et usages publics. La commune locale ne pourra s'emparer ni de la possession, ni de l'administration publique d'un tel cimetière qui ne lui appartient pas; elle ne pourra y inhumer ses propres morts, ni y faire des concessions, ni verser dans sa caisse communale le produit de ces concessions.

Mais, d'un autre côté, c'est à la commune locale seule qu'appartient le droit de police proprement dit, le droit d'obliger pénalement dans les limites de son territoire.

Le nouveau système de la cour de cassation belge est contraire : 1° au principe d'autonomie qui permet de gouverner pénalement toute l'étendue du territoire et qui restreint ce pouvoir aux limites mêmes de ce territoire : *extra territorium jus dicenti impunè non paretur* (2); 2° au texte même de la loi, de l'art. 17 de la loi du 23 prairial an XII, qui attribue les droits généraux de police aux seules autorités locales; 3° au principe d'équité qui s'oppose à ce que l'on enlève le droit de police à la commune la plus intéressée à son

(1) Arr. cass. B., 29 mai 1865 (*Pas. B.*, 1865, I, 195).—Voy. *Jurispr des trib. belges*, t. XIV. p. 191, qui critique cet arrêt.

(2) L. 2, D., *de jurisd.*

observation, la plus compromise par les infractions aux principes d'ordre et de salubrité publique; 4° enfin à sa propre jurisprudence qui, conformément à la jurisprudence française, reconnaît que les règlements de police provinciaux ou municipaux n'obligent, en matière de domaine public et spécialement de voirie publique par terre et par eau, que dans la circonscription territoriale de la province ou de la commune pour laquelle ils ont été pris (1).

Pourquoi créer une pareille anomalie entre les principes qui doivent régir les cimetières et ceux qui régissent les autres choses, et notamment les autres dépendances du domaine public?

On nous répond que la charge d'inhumer, même hors du territoire, est imposée à la commune par le décret du 23 prairial an XII, et qu'elle emporte ainsi virtuellement le droit de police.

Plus on l'examinera, plus on se convaincra que cette réponse renferme une véritable subtilité. Elle repose sur une erreur et sur une confusion. La loi n'a jamais imposé aux communes l'obligation d'inhumer hors de leur territoire. Et eût-elle imposé cette obligation, elle n'entraînerait avec elle, comme conséquence forcée, que le droit pour la commune d'acquérir, par expropriation ou par prescription, la propriété du sol, ainsi que

(1) Arr. cass. B., 30 novembre 1840 (*Pas. B.*, 1841, I, 79); id., 28 avril 1842 (*Pas. B.*, 1842, I, 167). — Voy., dans le même sens, arr. cass. Fr., 15 février 1828 (DALLOZ, v° *Commune*, n° 817); id., 20 août 1841 (DALLOZ, 1841, 1, 434); id., 1er juin 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 300); id., 26 février 1858 (DALLOZ, 1858, 5, 310 et 311). — Voy. aussi, DALLOZ, v° *Commune*, n°s 651 et 654. et v° *Règl. adm.*, n° 126.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

le droit d'administration publique, confondu si aisément avec les droits généraux de police.

13. De nos jours, on abuse singulièrement de la portée que l'on doit attribuer aux droits de police.

La police peut-elle s'étendre au point d'absorber toute l'utilité d'une chose publique, de la vinculer et de la restreindre de manière à rendre même stériles tous droits de possession et de propriété?

C'est ce que nous ne pensons pas, et c'est ce que nous avons toujours combattu, quoique l'affirmative soit adoptée par la jurisprudence belge et française, à propos des cimetières publics, des rivages de la mer et des chemins vicinaux (1).

Certes, les choses publiques sont, comme tous autres biens, assujetties à des règles de police; mais elles comportent encore autre chose que ces règles de police.

Ainsi que l'enseigne Comte, les lois et règlements de police n'ont généralement pour objet que d'empêcher qu'on n'abuse de la chose pour nuire à autrui (2). Ils ne s'entendent que de l'administration externe des choses; ils sont restrictifs et limitatifs du droit privé ou public. Ils ne s'appliquent guère qu'à tout ce qui concerne l'ordre, la sûreté et la salubrité publique.

(1) Arr. cass. B., 10 février 1865 (*Pas. B.*, 1865, I, 280), et arr. Gand, 23 février 1867 (*Pas. B.*, 1868, 2, 100), pour les chemins vicinaux. — Arr. Caen, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 2, 221), pour les rivages de la mer. — Arr. cass. Fr., 10 janvier 1844 (Sir., 1844, 1, 120); arr. cass. B., 14 février 1862 (*Pas. B.*, 1862, 1, 104), pour les cimetières. — Voy. mon *Traité de la Possession*, liv. V, chap. I et II.

(2) Comte, *Propr.*, chap. XI *in fine*.

Ces règles sont un des effets de la puissance publique qui, de par la loi, donne des limites au pouvoir que chacun possède de disposer de sa chose ou de son droit (art. 537 et 544 du code civil). Par là, la puissance publique ne concède pas le droit; elle le reconnaît et en détermine les bornes; elle ne permet rien, elle défend.

Mais dans les choses publiques, la puissance législative joue aussi un autre rôle. Elle permet, elle accorde l'usage de la chose; et tout ce qu'elle n'accorde pas est refusé (1).

« Le droit de police, disait M. l'avocat général De Cuyper, tient au pouvoir administratif et en fait partie; et c'est ainsi que le qualifie le code du 3 brumaire an IV, en divisant la police en police administrative et police judiciaire. — Il appartient à l'administration de la commune pour la commune, à l'administration provinciale pour la province, et à l'administration générale pour la généralité du royaume. — Il est donc inhérent au pouvoir exécutif, en tant qu'il administre les intérêts généraux pour l'exécution des lois, précisément parce que tous les avantages d'une bonne police sont les conditions indispensables de cette exécution (2). »

Mais si le droit de police est une branche incontestable du pouvoir administratif, il est loin d'absorber l'étendue de ce pouvoir.

(1) COMTE, *Propr.*, chap. XVIII.
(2) *Pas. B.*, 1841, I, 189.

Digitized by Google

14. A cet égard, nous ferons le reproche aux anciens auteurs d'avoir confondu toutes ces idées.

Selon Domat, l'administration des choses publiques n'appartiendrait au souverain que parce qu'il est chargé du soin du repos public, de l'ordre de la société, à l'effet d'éviter une occasion continuelle de querelles et d'une infinité de mauvaises suites. C'est comme chef de la police qu'il aurait le droit de donner la dispensation des usages. C'est la police qui choisirait, destinerait et réglerait les lieux qui doivent servir au public pour ses différents usages. C'est encore la police qui établirait et conserverait les choses du domaine public communal (1).

Ces notions pouvaient prévaloir peut-être à une époque où les monarques arrachaient le domaine public des mains des seigneurs, précisément en vertu des droits de police et de justice supérieure. Aujourd'hui, pareil langage ne serait plus correct dans nos institutions modernes.

Il est vrai que l'administration agit par voie de police, chaque fois qu'il s'agit de porter des règlements prohibitifs et limitatifs des droits respectifs de chacun.

Mais elle n'agit plus certainement par cette voie, lorsqu'elle vient à créer, à décréter des chemins, des canaux publics, des cimetières, des églises, etc. Elle n'agit pas davantage par cette voie, lorsqu'elle répartit

(1) Domat. *Droit publ.*, liv. I, tit. VIII. prél., et sect. I, §§ 1 et 2, sect. II, § 1, note ; id., tit. XVI, sect. I, § 1.

Digitized by Google

elle-même les usages publics, lorsqu'elle accorde des concessions, par exemple.

Ces dernières mesures n'offrent rien de commun avec le repos ou l'ordre public. Elles puisent leur raison d'être dans un autre ordre d'idées, mais qui se rattache toujours à l'intérêt général de la nation.

La loi n'a pas confié la création et la gérance du domaine public aux soins du gouvernement pour l'administrer d'une manière toute *économique et privée*, à l'instar des biens patrimoniaux. Elle le lui a confié pour l'administrer d'une manière purement *gouvernementale* et par des règles de droit public exclusivement, pour tout ce qui concerne son usage. Elle a pu le décider ainsi pour obéir à un sentiment d'intérêt public incontestable, aux nécessités du commerce et de l'industrie, aux premiers besoins des hommes civilisés.

Or, nous savons que chaque fois que l'administration est chargée d'agir purement au nom de l'utilité publique, son mandat est gouvernemental, son action est essentiellement publique; elle apparaît, en ce cas, uniquement comme pouvoir exécutif indépendant dans sa sphère, émanant du pouvoir législatif, de la souveraineté de la nation (1).

15. De même que l'État se subdivise en État général, État provincial et État municipal, de même les choses de son domaine public se subdivisent en plusieurs catégories correspondantes.

Le domaine public se compose du domaine public

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, nos 362 et suiv.

général ou *national* et du petit domaine public *provincial ou municipal* (1).

Le domaine public général appartient à l'État ou à la nation; il comprend principalement les choses énumérées aux articles 538 et 540 du code civil, ainsi que d'autres choses qui, de par la loi, échappent à la propriété des particuliers, quoique susceptibles par elles-mêmes d'appropriation.

Le petit domaine public appartient à la province ou à la commune. Il comprend les biens publics destinés à des usages moins généraux, plus particulièrement utiles aux habitants des lieux de sa situation.

Le domaine public municipal est un des plus remarquables. Parmi ce domaine figurent en premier rang les chemins vicinaux, les églises, les cimetières, les monuments ou édifices publics.

Le domaine public provincial comprend notamment les grandes routes provinciales, les cathédrales, les hôtels ou palais provinciaux, etc.

Ainsi chaque subdivision de l'État emporte avec elle la propriété d'un domaine public distinct quant à son objet.

Mais les règles constitutives de chacun de ces domaines sont parfaitement les mêmes. L'État général, provincial ou municipal gère et administre de la même façon et avec les mêmes pouvoirs, et ces pouvoirs ne diffèrent que par leur étendue. Chacun de ces États

(1) MARCADÉ, *Prescr.*, sur l'art. 2227; PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 328 et 329; DALLOZ, vo *Dom. publ.*, no 15, etc.

possède son domaine public, comme il possède son domaine privé. Chacun d'eux administre son domaine patrimonial d'après les règles du code civil. Chacun d'eux administre son domaine public d'après les règles du droit public.

16. Si chaque subdivision de l'État possède son domaine public, cela se conçoit aisément. L'État, la province ou la commune sont les seuls corps moraux qui représentent la société *generaliter*, qui soient armés des droits de souveraineté et des pouvoirs nécessaires au gouvernement des choses publiques. Eux seuls forment des corps de la société civile émanés de la souveraineté du peuple et personnifiant le public pris dans son ensemble (*ut universi*). Eux seuls peuvent donc répondre aux prescriptions du droit public, et être appelés à diriger l'administration des droits et usages communs.

D'où la conséquence qu'il n'existe d'autre domaine public que celui appartenant à ces trois grands corps de la nation ; que les établissements publics ne peuvent, pas plus qu'un particulier, posséder des choses publiques (1).

En effet, les fabriques, les hospices, les bureaux de bienfaisance, etc., ne constituent pas, quoique appelés des établissements publics, des démembrements généraux de la société. Ce sont de simples êtres moraux appartenant à la commune et destinés à l'administration civile du culte ou de la charité. Ils font partie

(1) De Brouckere et Tielemans, v° *Fabriques d'église*, p. 290.

Digitized by Google

intégrante du corps moral de la commune; ils possèdent par eux-mêmes un domaine privé dans le but de remplir leur destination ; mais jamais ils ne peuvent posséder de domaine public, qui suppose l'existence des pouvoirs indispensables à l'administration de ces sortes de choses. Ils sont institués au point de vue économique et privé, d'intérêts attribués et tout spéciaux de la commune; mais ils n'exercent en aucune manière les droits généraux, les pouvoirs publics de la commune.

Aussi leurs fonctions sont purement d'administration privée; elles ne rentrent pas dans la catégorie de ce que l'on appelle des fonctions administratives. Les agents de ces établissements ne sont pas des fonctionnaires publics, des agents de l'administration générale ; ils s'appellent simplement des *administrateurs privés* (1).

Nous appliquerons toutes ces idées dans le cours de cet ouvrage, et nous prouverons même que le sol du domaine public ne peut jamais exister qu'à titre de propriété dans les mains de l'État général, provincial ou municipal. (Voy. nos 82-93.)

17. Voyons maintenant comment se constitue et se déconstitue le domaine public, et quel rôle l'administration publique de l'État vient jouer à cet égard.

Les choses publiques doivent leur création soit à la nature (comme les fleuves et rivières navigables ou

(1) De Brouckere et Tielemans, *loc. cit.*, p. 262 et 268 ; *sic* arr. Liége, 6 mai 1846 (*Pas. B.*, 1846, 2, 246).

flottables, les rivages de la mer), soit à la volonté du peuple souverain. De là la distinction que l'on a faite sous ce rapport entre le domaine public *naturel* et le domaine public *artificiel*.

Dans tous les cas, pour qu'une chose soit publique, il faut qu'elle soit déclarée telle par le pouvoir législatif de l'État. Il ne suffirait pas, pour être publique, qu'une chose fût abandonnée à des usages communs, comme cela se voit dans les biens communaux proprement dits. Il faut encore qu'elle ait une certaine destination légale, ou qu'elle soit asservie à des services ou usages que la loi déclare publics, par opposition aux usages privés ou communs de la propriété ordinaire.

C'est donc à l'État, comme propriétaire, qu'il appartient de donner ou de retirer au domaine sa destination spéciale. C'est à lui seul qu'appartient le droit de déterminer, de déclarer si telle ou telle partie du domaine national est entrée dans le domaine public, de décréter des chemins, des canaux, des cimetières, des églises, de rendre navigable une rivière qui ne l'était pas, de rendre public un chemin qui ne l'était pas, d'élargir d'anciennes voies publiques, etc.

L'État peut exercer ce droit non-seulement sur son propre domaine, mais encore sur les biens privés appartenant à des particuliers, moyennant indemnité et l'observation de certaines formalités.

L'État puise ce droit dans son pouvoir de souveraineté, dans son pouvoir législatif et exécutif, qui permet à l'administration d'agir chaque fois que l'intérêt général, l'utilité publique le réclame.

Digitized by Google

Il n'est donc pas exact de dire avec Domat que pareil droit se puise dans la police du royaume (1).

La police n'intervient que lorsque le domaine public a été constitué et qu'il s'agit d'assurer l'administration des usages publics par des règlements prohibitifs qui, de tout temps, ont pu être sanctionnés par des pénalités comminées contre les contrevenants, à l'effet d'empêcher que l'usage de l'un ne puisse nuire aux usages des autres (2).

18. C'est au pouvoir administratif que la loi a confié le soin de créer, de constituer et de limiter le domaine public, comme elle lui a confié celui de gouverner son usage.

Le pouvoir administratif est complètement souverain et indépendant à cet égard, lorsqu'il exerce son droit sur le propre domaine de l'État.

Mais lorsqu'il veut exercer son droit sur le domaine des particuliers, lorsque le domaine public se trouve en conflit avec le domaine privé des membres de la société, la loi ne lui donne plus la même latitude.

Comme le sol des choses publiques doit aussi être nécessairement public, ainsi que nous l'établirons (voy. n°s 85 et suiv., 222), la loi impose au pouvoir administratif l'obligation de certaines conditions ou formalités à remplir. Et la loi place à côté de ce pouvoir l'autorité du pouvoir judiciaire, seul juge des ques-

(1) Domat, *Droit publ.*, liv. I, t. VIII, prél., et sect. I, §§ 1 et 2; sect. II, § 1, note; id., tit. XVI, sect. 1, § 1.

(2) Domat, *loc. cit.*, liv. I, t. VIII, sect. II, § 18.

Digitized by Google

tions de possession et de propriété qui peuvent alors s'agiter entre l'État et les particuliers.

C'est dans ce sens surtout qu'il faut dire que les actes administratifs sont plutôt déclaratifs que réellement constitutifs du domaine public.

Si c'est au pouvoir administratif qu'il appartient souverainement de déclarer qu'une chose est ou non dans le domaine public, il ne lui appartient pas d'exercer ce droit d'une manière absolue et arbitraire, d'attenter à la propriété privée des particuliers sans respecter les formes légales. Tant que ces formalités n'ont pas été accomplies, tant qu'il n'y a pas eu expropriation légale, l'administration n'a pas le droit de dépossession, et le terrain reste quand même dans le domaine privé des particuliers. Les tribunaux seuls sont compétents pour décider les questions de possession ou de propriété qui surgissent, examiner si la déclaration du pouvoir administratif est ou non légale, prononcer la maintenue ou la restitution de la chose en son état primitif, accueillir les actions possessoires ou pétitoires des particuliers lésés. Aussi est-il de principe incontestable que toutes les contestations qui ont pour objet la propriété ou des droits réels sur la propriété foncière sont exclusivement dévolues aux tribunaux ordinaires (1).

Ce sont ces principes qui sont enseignés fort justement par Proudhon, en matière d'alignement des rues et des chemins vicinaux (2).

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 149.
(2) Proudhon, *Dom. publ.*, n°s 421 et suiv., 597 et 599.

Ce sont ces principes que nous avons établis et développés, avec l'appui de la doctrine et de la jurisprudence, dans notre dernier *Traité de la Possession*, en matière de voirie publique par terre et par eau ; et nous avons vu qu'ils ne subissaient qu'une seule exception en France, où l'inscription des chemins vicinaux à l'atlas administratif a le pouvoir exorbitant de dépossession immédiate (1).

19. Toutefois, si l'État n'a pas eu recours aux voies légales pour créer son domaine public sur la propriété des particuliers, il peut néanmoins finir par constituer son domaine public au moyen de la possession et de la prescription. Et ce sera encore aux tribunaux à connaître de ces questions.

C'est ce qu'enseigne Proudhon lui-même (2) au profit du public *ut universi*, qui n'est pas autre chose que l'État. (Voy. n°s 92, 204.) Et c'est ce principe que la loi belge du 10 avril 1841, article 10, a appliqué aux chemins vicinaux.

Ainsi, en résumé, le domaine public peut parfaitement se constituer et exister, même en l'absence de toute déclaration spéciale administrative. La preuve la plus ordinaire de son existence et de son étendue résultera nécessairement de la déclaration, de l'inscription de l'administration qui a compétence à cet effet. Mais une semblable déclaration n'est pas exclusive ; le domaine public peut s'établir, comme toute espèce de

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, n°s 394-399, avec les auteurs et arrêts y cités.

(2) PROUDHON, *Dom. publ.*, n°s 238, 322.

Digitized by Google

domaine, par tous moyens de droit ordinaires, même par la possession et la prescription acquisitive. Dans pareil cas, ce n'est qu'avec le temps que le domaine public est légalement constitué.

20. De ce que les tribunaux ont le droit d'intervenir dans le règlement de la propriété des particuliers en conflit avec le domaine public, il ne faut pas en conclure que le pouvoir administratif n'est pas indépendant dans sa sphère, soit pour constituer, soit pour gouverner les choses publiques. Mais quoique indépendant, il ne peut être arbitraire; il ne doit pas sortir des limites que la loi elle-même lui a tracées.

Le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire sont tous deux des auxiliaires du pouvoir législatif; ils s'associent à l'œuvre du législateur qu'ils doivent appliquer; mais ils ne peuvent ni l'un ni l'autre se placer au-dessus de la loi, du pouvoir du législateur, du pouvoir par excellence de la nation.

Or, la loi a séparé d'une manière complète les deux pouvoirs formant les deux branches du pouvoir exécutif. Elle leur a assuré à chacun une complète indépendance; et Proudhon a savamment esquissé les profondes lignes de démarcation qui existent entre ces deux espèces de puissance publique (1).

Chacun de ces pouvoirs ne peut empiéter sur l'autre; chacun se meut souverainement dans sa sphère. L'autorité administrative doit respecter les actes du pouvoir

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 102 et suiv.

judiciaire, comme ce dernier doit respecter les actes de l'autorité administrative.

Toutefois, cela ne s'entend que lorsqu'il s'agit d'actes posés légalement dans la limite de leurs droits et attributions respectifs. L'administration ne pourrait respecter un règlement général décrété illégalement par l'autorité judiciaire, comme le pouvoir judiciaire ne devra pas appliquer les arrêtés ou règlements que l'administration n'avait pas le droit de porter (1).

L'art. 107 de notre constitution permet aux tribunaux de frapper d'inertie et de considérer comme nuls les arrêtés ou règlements administratifs qui ne seraient pas conformes aux lois.

Ainsi il faut distinguer : 1° ou l'acte administratif est conforme aux lois; dans ce cas, il a été posé par l'administration comme pouvoir, à titre d'*imperium*, de puissance publique; le pouvoir judiciaire est incompétent pour juger et contrôler un pareil acte; 2° ou bien l'acte administratif est contraire aux lois; dans ce cas, il rentre dans la catégorie des actes privés ordinaires; et le pouvoir judiciaire est compétent pour le juger et l'apprécier, à l'instar de toutes contestations naissant de droits civils ou politiques (2).

Nous ne parlons pas ici des actes d'administration privée que l'État peut poser à l'égard de ses biens patrimoniaux, et qui rentrent dans les attributions du ministère des finances. A ce point de vue, l'État est

(1) Cloes et Bonjean, *Jurisp. des trib. belges*, t. I, p. 507, et t. IV, p. 344.

(2) Curasson, *Compét.*, t. I, p. 345, et. t. II, p. 200.

envisagé comme personne *civile ou morale*, comme personne *privée*, et non plus comme personne *publique*, comme *pouvoir*. Il est considéré sous son rapport *économique et privé*, et non plus sous son rapport *gouvernemental*. Il fonctionne et administre à l'instar des particuliers, et non plus à titre de puissance, à titre d'*imperium*. Ses agents n'agissent plus comme fonctionnaires publics proprement dits; ils agissent à titre de mandat ou de tutelle. D'où il suit que les actes posés ici par l'administration sont plutôt des actes privés que des actes administratifs, et qu'ils tombent en conséquence, comme ces derniers, sous le contrôle et l'appréciation du pouvoir judiciaire.

21. Ces principes établis, il est facile d'en faire l'application au domaine public.

L'administration est omnipotente lorsqu'elle crée un domaine public en suivant les prescriptions de la loi, en expropriant selon les formes légales et en indemnisant les expropriés (art. 545 du code civil.). Elle est omnipotente chaque fois qu'elle décrète des travaux d'utilité publique et qu'elle observe les formalités de la loi. Elle reste alors le digne auxiliaire de la loi, et ses actes, aussi bien que la loi elle-même, doivent être respectés par les tribunaux.

Mais ses pouvoirs ne vont pas jusqu'à porter atteinte aux droits de possession et de propriété des particuliers. Ces droits sont des droits civils, dont l'État ne peut disposer que dans les formes et sous les conditions requises par la loi; jusque-là, ils restent sous la protection des tribunaux et rentrent dans leur compé-

Digitized by Google

tence. Si l'administration agit en dehors des pouvoirs généraux qui lui sont délégués, elle agit alors arbitrairement et non plus comme auxiliaire de la loi. Ses actes tombent dans le domaine des actes privés, et les tribunaux ont le droit et le devoir de ne pas s'y conformer. Les tribunaux annuleront ces actes illégaux, et pourront condamner l'État à réintégrer les particuliers dans leurs droits et à leur payer des dommages-intérêts.

22. L'administration est encore omnipotente lorsqu'elle règle l'usage des choses publiques, la jouissance commune des membres de la société, lorsqu'elle fait des concessions ou des répartitions d'usages publics. Elle est encore omnipotente lorsque, par délégation de la loi, elle édicte ou applique des pénalités pour servir de sanction obligatoire aux règlements de police qui s'appliquent aux choses du domaine public.

L'administration est alors dans son rôle de pouvoir et de puissance exerçant l'*imperium*, opérant la répartition des intérêts et des usages communs, conformément aux prescriptions du droit public.

D'où il faut conclure que toutes ces règles administratives concernant l'usage sont indépendantes de l'appréciation des tribunaux (1).

Toutefois, si les tribunaux sont impuissants pour annuler ces actes administratifs et conformes aux lois, ils peuvent encore intervenir pour juger des dommages que l'exercice de ces actes peut causer à la propriété d'autrui.

(1) Pardessus, *Servit.*, n° 42 *in fine*.

L'art. 545 du code civil a posé le principe de l'indemnité, quand l'intérêt privé doit fléchir devant l'intérêt de tous. Ce principe est clairement énoncé quand le particulier est réellement dépossédé, privé de la possession de sa chose. Et ce principe a été étendu au cas où l'exercice des droits publics a simplement apporté des restrictions quelconques au droit de jouir de cette chose, soit d'une façon temporaire, soit d'une façon permanente. C'est là une espèce d'expropriation tacite.

C'est donc à bon droit que Garnier enseigne « que l'administration ne peut, en aucun cas, attenter au droit d'autrui, ni autoriser un dommage (1). » Les particuliers ne sont tenus à souffrir qu'une seule chose sans indemnité, ce sont les limitations naturelles ou restrictions que la loi apporte elle-même au droit de propriété, c'est-à-dire les obligations appelées servitudes naturelles ou légales et les droits de police.

Mais les tribunaux ne peuvent que condamner l'État à payer des dommages-intérêts. Le conflit du domaine public et du domaine privé n'existe ici qu'en raison du dommage ; il n'existe nullement en raison de l'illégalité des actes administratifs. L'action devra donc se circonscrire à une demande d'indemnité ; et cette indemnité sera restreinte, conformément aux principes du droit commun, au dommage qui aura été la conséquence *directe et immédiate* des actes posés par le pouvoir administratif (2).

(1) GARNIER, *Act. poss*, 2e part., chap. II, § 1 *in fine*.
(2) CLOES et BONJEAN, *Jurispr. des trib. belges*, t. I, p. 516.

Digitized by Google

23. Il existe dans les choses publiques une particularité fort remarquable.

« Les choses publiques, dit Marcadé, ont ceci de particulier qu'elles peuvent cesser d'être choses publiques et devenir choses privées ordinaires : une église peut cesser d'être destinée à l'exercice du culte et devenir un magasin ; une place de guerre peut être démantelée et voir ses fortifications démolies ou abandonnées ; un chemin public peut être abandonné et devenir un terrain ordinaire. Dans ces cas, il est clair que ces choses deviennent susceptibles de prescription, comme le reconnaît la fin de l'article 541 du code civil (1). »

Presque tous les auteurs sont d'accord sur ce point. Ils enseignent que dès que la destination publique a cessé, toutes choses sortant du domaine public restent de plein droit dans le domaine patrimonial de l'État, et rentrent ainsi sous l'empire du droit commun (2).

Cette solution est conforme aux principes que nous défendons. Elle constitue un des effets incontestables du droit de propriété reposant sur le chef de l'État. C'est à l'État, comme propriétaire armé de la puissance publique, qu'il appartient de donner ou d'enlever au domaine sa destination. C'est à lui qu'il incombe de retirer la chose du domaine public, au même titre qu'il l'y a placée. Et comme cette chose n'a été mise hors du commerce des hommes qu'en raison de son usage spé-

(1) MARCADÉ, *Prescr.*, sur l'art. 2227.

(2) DALLOZ, v° *Dom. publ.*, n°s 16 et 1815, et v° *Act. poss.*, n° 339 ; les auteurs et arrêts y cités.

Digitized by Google

cial, elle vient à rentrer dans le commerce dès que cet usage a cessé. Il est, en effet, incontestable que la même autorité qui a voulu placer hors du commerce un fonds, en l'affectant à un service public, peut également l'y faire rentrer en supprimant ce service public auquel il était destiné, et qui constituait la cause même de l'inaliénabilité (1).

24. La difficulté commence à surgir lorsqu'il s'agit de préciser le moment où la chose publique perd sa destination, de déterminer le signe particulier qui constate le changement de nature.

Grande est la controverse que l'on trouve amplement développée dans les ouvrages de MM. Curasson et Dalloz (2).

Les uns soutiennent que la chose publique perd sa destination par le simple abandon du public, qui se présume au bout d'un non-usage très-prolongé; qu'à partir de ce moment, les particuliers peuvent utilement posséder et prescrire (3).

D'autres n'admettent cette solution que pour les choses publiques non classées par l'administration;

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, n° 210; FOUCART, *Droit public et adm.*, t. II, n° 1; CORMENIN, *Droit adm.*, v° *Dom. de l'État*, t. II, p. 42 et suiv., en note; LAFERRIÈRE, *Droit public et adm.*, p. 133; TOULLIER, édit. Duvergier, t. II, 1re part., n° 478; DURANTON, t. IV, n° 189; MACAREL et BOULATIGNIER, *Fort. publ.*, t. 1, n° 27; etc.

(2) CURASSON, *Compét., poss.*, sect. III, n° 8; DALLOZ, v° *Dom. publ.*, nos 62, etc. — *Junge :* CAROU, n° 419; MOLITOR, *Droit romain, poss.*, n° 83.

(3) TROPLONG, *Prescr.*, n° 163; DUNOD, *Prescr.*, p. 74; CAROU, n° 402; GARNIER, *Chemins*, 4e édit., p. 294; VAZEILLE, *Prescr.*, n° 92; LAFERRIÈRE, *Droit public et adm.*, p. 133; DURANTON, t. XXI, nos 170 et suiv.

Digitized by Google

quant aux choses publiques classées, ils enseignent qu'elles ne deviennent prescriptibles que par un acte de l'autorité, un arrêté de déclassement par exemple(1).

Enfin il existe des domanistes très-absolus qui exigent, en tous cas, une loi ou une décision administrative expresse et positive (2).

Cette controverse n'aurait jamais vu le jour, si l'on s'était toujours fait une saine idée de la nature et de la constitution du domaine public.

Il ne faut pas s'imaginer, comme le feraient supposer certains jurisconsultes, que le domaine public naît et expire avec l'usage matériel du public; qu'en conséquence la chose cesse d'être publique du moment que les usagers s'en retirent définitivement.

La loi romaine enseigne précisément la doctrine contraire : *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* (3).

« Le public, dit De la Mare, ne peut même perdre son droit sur un chemin qui n'est plus pratiqué : le défaut d'usage ou la non-jouissance n'autorise personne à bâtir sur la place et encore moins à s'en emparer. »

Et De la Mare cite à l'appui la loi romaine et un arrêt du parlement du 16 décembre 1491, qui l'a ainsi décidé (4).

(1) Marcadé, sur l'art. 2227; Isambert, *Voirie*, n° 374; Cormenin, *Droit adm.*, p. 266; Robiou, *Chem. vicin*, p. 46; Hennequin, *Journ. des cons. munic.*, II, p. 68; etc.

(2) Dufour, *Droit adm.*, t. III, n° 1420; Ledru-Rollin, *Table du journ. du palais*, v° *Dom. publ.*, n°s 121 et suiv.; etc.

(3) L. 2, D., *de viâ publicâ*.

(4) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, p. 513, tit. XIII, sect. III, § 9.

Aussi beaucoup d'auteurs se rangent-ils à l'opinion fort juste de De la Mare et de la loi romaine (1).

Cela se conçoit. L'usage réel du public n'est pas le seul élément caractéristique du domaine public; il en est simplement le but principal et ordinaire. Dans les chapitres suivants, nous ne tarderons pas à développer cette thèse.

Il y a des choses publiques qui sont consacrées aux besoins moraux du pays ou à ses besoins de défense territoriale, et qui ne sont ainsi nullement abandonnées aux usages matériels de tous et chacun; exemple, les écoles, les hôtels de ville, le domaine public militaire.

Par contre, il existe des choses abandonnées aux usages communs des hommes, mais qui ne sont pas revêtues du cachet des choses publiques proprement dites; exemple, les choses communes ainsi que les petits cours d'eau, les biens *communaux* proprement dits, que nous avons distingués avec soin des biens du domaine public dans notre *Traité* antérieur *de la Possession* (2).

L'usage matériel du public n'est donc qu'un seul point de la question. Il faut observer, avant tout, que l'État est possesseur et propriétaire de la chose, qu'il possède par le public lorsqu'il lui en abandonne l'usage

(1) POTHIER, *Prescr.*, 1re part., chap. I, n° 7; DENISART, *Coll. d'arrêts*, v° *Chemin;* HENRION DE PANSEY, *Compét. des juges de paix*, chapitre XLIV; MACAREL et BOULATIGNIER, *Fort. publ.*, t. I, n° 27; DUFOUR, *Droit adm.*, t. III, n° 1420; FAVARD DE LANGLADE, *Rép.*, v° *Inaliénabilité;* ISAMBERT, *Voirie*, n°s 374 et suiv.; DALLOZ, v° *Voirie par terre*, n° 576; etc.

(2) *Traité de la Possession*, n° 332.

matériel, que ce dernier n'use de la chose que comme détenteur précaire, au nom de l'État lui-même qui personnifie le public considéré dans son ensemble (*ut universi*).

On doit donc remonter plus haut, aux principes réellement constitutifs du domaine public. Il faut se rappeler que ce domaine se compose des choses de l'État qui sont asservies par la société exclusivement et d'une manière imprescriptible à ses principaux usages et services publics; que la consécration à l'usage ou au service public par la volonté de la société est le caractère spécifique qui distingue légalement la généralité de ces choses d'avec les choses privées.

Ainsi, procédons comme Proudhon, et disons avec lui que l'effet ne peut cesser qu'avec sa cause; que si l'imprescriptibilité et l'existence même de la chose publique sont le produit exclusif de son affectation par l'État au service général de la société, elle perd immédiatement son caractère public et imprescriptible du moment que l'affectation ou la consécration civile du fonds doit être regardée comme abolie ou anéantie (1).

25. Mais cet auteur ne nous trace pas les règles générales qui doivent servir à constater l'abolition de la consécration légale. Il n'aurait pas su les tracer, par la raison qu'il méconnaît le droit incontestable de l'État dans la possession et la propriété des choses publiques.

C'est précisément l'intention de l'État qu'il faut consulter; car c'est à lui seul qu'il appartient de retirer la

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 215 et suiv.

Digitized by Google

chose du domaine public, comme c'est à lui seul qu'il appartenait de l'y placer, en sa qualité d'unique possesseur et propriétaire, et en vertu de la haute puissance publique qui s'y rattache.

L'intention de l'État doit être assez manifeste pour en induire l'abolition de l'usage ou du service public, la suppression de la consécration civile. Tant que cette intention ne s'est pas révélée assez clairement, il importe peu d'observer comment se comportent les membres du public vis-à-vis de la chose. L'abandon, le non-usage de la chose par les citoyens de l'État n'a pas de signification légale; il faudrait que l'abandon émanât également de l'État lui-même, de son autorité. Ce ne peut être que par l'abandon simultané de l'État que la chose peut perdre tout caractère public et devenir susceptible de possession et de prescription privée(1).

« Par non-usage, dit Dalloz, nous entendons non pas seulement l'abandon par le public de sa jouissance, mais aussi l'abandon de la chose par l'administration, sa renonciation de fait à conserver à cette chose sa destination spéciale (2). »

A plus forte raison ne suffirait-il pas, pour enlever une chose au domaine public, que sa destination publique lui fût enlevée par le tiers même qui invoquerait la prescription contre l'État! Qu'il y ait ou non abandon de la chose par les membres du public considéré individuellement et abstraction faite de l'État, la posi-

(1) *Sic* LABYE, *Revue de dr. adm. belge*, t. III, p. 30 et 31.
(2) DALLOZ, v° *Voirie par terre*, n° 576.

tion reste la même. Les faits d'occupation, d'usurpation, de possession posés par des particuliers, quel que soit le temps pendant lequel ils se sont prolongés, sont des faits délictueux qui, à eux seuls, ne peuvent faire perdre à la chose son caractère de domanialité publique (1).

26. Ainsi que l'enseigne Proudhon, la consécration civile par laquelle le gouvernement a disposé d'un fonds pour un service public, peut se trouver abolie de deux manières, expressément ou tacitement (2).

L'abolition est expresse lorsque l'État manifeste positivement son intention par une loi ou par une déclaration de l'autorité compétente; par exemple, lorsqu'il décrète la suppression d'une route, la démolition d'une forteresse, etc., lorsqu'il aliène le fonds sans aucune réserve des usages publics (3).

L'abolition est tacite lorsque des faits jaillit à suffisance de droit l'intention du gouvernement de faire cesser la destination publique de la chose.

Les exemples d'abolition tacite sont nombreux; nous nous bornerons à en citer quelques-uns.

Ainsi il y aurait abolition tacite si l'administration de l'État faisait sur le domaine public des travaux lui enlevant toute sa destination, si elle faisait mettre en culture le terrain autrefois occupé par une route, etc.

(1) Dalloz, v° *Act. poss.*, n° 316; Bélime, *Poss.*, n° 224; Curasson, *Compét., poss.*, sect. III, n° 29 *bis*; Labye, *Revue de dr. adm. belge*, t. III, p. 31; Pothier, *Prescr.*, n° 7.

(2) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 216.

(3) Cœpolla, *Servit.*, tr. 2, chap. III, n°s 19, 22 et 23.

Digitized by Google

Il y aurait encore abolition tacite, si par ses travaux elle faisait émanciper des eaux une partie du lit d'une rivière publique (1).

On devrait décider de même dans les cas où, par force majeure, le fonds public viendrait à perdre sa destination; il y a abolition tacite si l'administration, bien entendu, ne fait rien pour remettre les choses en leur pristin état...; par exemple, si une rivière publique abandonne définitivement son lit, si une route s'écroule ou se dégrade de manière à anéantir le service, si une église vient à être renversée ou incendiée, si une forteresse vient à sauter, etc. Il est clair que, dans tous ces cas, ces diverses choses publiques rentreront dans le droit commun, si l'administration les remplace ou les laisse remplacer par de nouvelles choses identiques dans une autre localité voisine, ou bien si elle les abandonne dans un pareil état d'anéantissement de tout usage public. En laissant les dégradations s'opérer, en ne faisant aucune espèce de réparations ou de reconstruction, l'autorité indique, aussi clairement que par une déclaration expresse, son intention d'ôter à la chose sa destination publique. Il n'est donc nul besoin, à cet effet, d'un acte exprès et formel du gouvernement; il suffit du simple fait de la suppression du service public de la part de l'État (2).

(1) Arr. cass. Fr., 8 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 115).

(2) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 218 et suiv.; Labye, *Revue de dr. adm. belge*, t. III, p. 31; arr. cass. Fr., 30 juillet 1839 (Sir., 1840, 1, 166); arr. Grenoble, 2 juillet 1840 (Sir., 1841, 2, 191); arr. cass. Fr., 8 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 293, et la note).

27. Mais il ne faudrait pas, comme le fait Proudhon, prendre en considération les simples faits de disposition et de conversion posés par des particuliers (1). Et il importerait peu d'exiger avec Troplong que ces faits eussent été précédés de l'abandon du public (2).

La raison en est fort claire. Les actes des particuliers, pas plus que l'abandon des membres du public, abstraction faite de toute circonstance impliquant le consentement de l'État, n'entraînent nullement avec eux l'intention tacite de ce dernier d'enlever à la chose sa consécration civile.

Il faut prouver l'intention formelle de l'État de renoncer à la destination publique de cette chose. Or, cette intention peut-elle se présumer par la simple inaction de l'administration, lorsque l'État est armé d'une action en revendication perpétuelle contre les tiers usurpateurs du domaine public, *præscriptio temporis juri publico non debet obsistere* (3)? S'il pouvait en être autrement, ce serait rendre bien stérile et impuissant le principe de l'imprescriptibilité des choses du domaine public.

D'un autre côté, l'intention tacite de l'État peut-elle s'induire du non-usage de ses habitants, lorsque l'on sait que jamais le caractère de publicité ne s'éteint et ne se prescrit par le non-usage, *viam publicam populus non utendo amittere non potest* (4)?

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 227 et suiv.
(2) Troplong, *Prescr.*, n° 163.
(3) L. 6, C., VIII, 12.
(4) L. 2. D., *de viâ publicâ.*

Digitized by Google

Vainement Troplong cherche-t-il à vouloir restreindre ces maximes de droit aux cas de prescription ordinaire, à prétendre qu'il ne s'agit pas d'ailleurs, en faisant appel au temps, de demander une prescription, mais seulement de rechercher une présomption! Cette présomption, nous ne la trouvons pas dans le chef de l'État, seule personnification de la société, du public *ut universi*.

28. Troplong et Proudhon appliquent nos principes, avec l'art. 356 de l'ordonnance de Blois, lorsqu'il s'agit d'une simple partie de la chose publique, de la largeur d'un chemin public, par exemple (1). Pourquoi les écarter quand le sol tout entier est en question? Nous trouvons, comme M. Isambert, que ces principes doivent être appliqués *à fortiori* quand il s'agit de toute la substance de la chose; qu'il est inconséquent d'admettre l'imprescriptibilité pour une partie, et la prescriptibilité pour la partie principale de cette chose.

On nous répond que cela tient à ce que la chose a toujours conservé sa destination publique dans sa partie principale, lorsqu'il n'y a eu d'usurpations que sur ses limites, dans sa partie accessoire; que l'unité de l'établissement veut toujours que l'accessoire suive le sort du principal.

Cette réponse nous paraît fort subtile. Nous proclamerons nous-même, un peu plus loin, le principe de l'unité du domaine public, de l'assimilation du sol avec ses accessoires. (Voy. n°s 222 et suiv.) Mais c'est la

(1) Troplong, *Prescr.*, n° 157; Proudhon, *Dom. publ.*, n° 227.

première fois que nous entendons qualifier du titre d'*accessoire* une partie intégrante du sol constitutif du domaine public.

Il est évident que ce n'est pas par les principes du droit d'accession, mais par des principes plus élevés, que la nature et la destination de cette partie du sol public doivent être régies.

D'un autre côté, il est clair aussi que par l'usurpation il faut bien reconnaître que la trace de la destination publique a pu également parfaitement disparaître sur cette partie de la chose usurpée.

La position reste exactement la même, soit qu'il s'agisse de l'envahissement du tout, ou d'une partie seulement du sol public. Et si l'imprescriptibilité demeure acquise à la partie, il faut qu'elle soit également acquise à l'entièreté; toutes les molécules du sol sont assujetties aux mêmes règles générales d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité.

Aussi l'ordonnance de Blois n'est-elle pas isolée! Nous possédons notamment les lois romaines et les œuvres de Stockmans, de Louvrex et de De Ghewiet, qui nous enseignent que toujours, notamment dans les provinces belges, *il a été de coutume générale que la prescription ne peut opérer à l'égard des chemins publics, quelque longue qu'ait été la possession des particuliers*. (Voy. n°s 200-203.)

De plus, nous verrons que, sous le régime féodal, dès le seizième siècle, le domaine public faisait partie des biens de la couronne à titre de souveraineté, et que les lois prononçaient l'imprescriptibilité absolue de tous ces

derniers biens. (Voy. nos 63 et suiv., 103 et suiv.)

29. Quand la chose a perdu son caractère de chose publique, elle retombe dans le droit commun de propriété, dans le domaine patrimonial de l'État (*in pecuniâ populi*), et devient, en conséquence, susceptible d'aliénation et de prescription au profit des particuliers. De publique, l'administration de l'État devient privée.

L'école de Proudhon partage cet avis.

Ainsi Proudhon enseigne que dès qu'une grande route vient à être supprimée, elle rentre dans le domaine ordinaire de l'État (1).

Il énonce la même doctrine à l'égard des forteresses (2).

Par les mêmes principes, il enseigne que dès que les cimetières, les édifices publics et les églises sortent du domaine public municipal à la suite de leur suppression, ces choses rentrent dans le domaine privé de la commune (3).

Il en est de même pour tous les objets du grand ou du petit domaine public.

C'est là un des effets principaux du droit de propriété de l'État dont Proudhon fait si bon marché, mais qui forme la base du domaine public, et sans lequel la puissance publique serait inopérante pour consacrer un pareil résultat.

C'est de ce droit de propriété publique que nous allons nous occuper dans le chapitre suivant.

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 240 *in fine*, 329, 341.
(2) Proudhon, *Dom. publ.*, no 341.
(3) Proudhon, *loc. cit.*, nos 329, 341, 342.

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ DES CHOSES PUBLIQUES.

SECTION I.

DE LA NATURE DES CHOSES PUBLIQUES.

30. Les choses publiques forment une des branches les plus importantes du droit public interne. L'ensemble des choses publiques constitue ce que l'on appelle le *domaine public*.

De tout temps, les choses publiques ont eu deux acceptions différentes. Tantôt elles s'étendent à tous biens quelconques appartenant au peuple ou à la nation, à toutes choses dites *res universitatis*. Tantôt elles se restreignent aux choses de l'État destinées à des usages publics.

Le droit romain contenait déjà le germe de ces deux significations distinctes, que nous signalons à l'attention de nos lecteurs.

Le jurisconsulte Ulpien nous apprend que l'on appelait choses publiques celles qui appartenaient indis-

Digitized by Google

tinctement au peuple romain; que l'on mettait, en général, au nombre de ces choses, non-seulement les choses sacrées, religieuses ou destinées à des usages publics, mais encore tous biens appartenant même à des municipalités (1).

Dans un sens plus étroit, on nommait plus spécialement *res publicæ* toutes les choses de l'État destinées à des usages publics (*quæ sunt in usu*), à l'exclusion des autres choses de l'État général ou municipal qu'il gouverne patrimonialement et qui consistent exclusivement en revenus (*quæ sunt in pecuniâ populi vel in patrimonio fisci*) (2).

31. Cet historique explique comment il se fait qu'en droit moderne les mots *domaine public* puissent comporter également deux significations distinctes.

Tantôt le législateur moderne entend par ces mots tous biens quelconques de l'État ou de la commune, même les biens patrimoniaux exclusivement productifs d'un revenu. C'est dans cette large acception que s'expriment le décret des 22 novembre-1er décembre 1790 et son préambule, les lois postérieures à ce décret, la loi du 24 mars 1813, la loi française du 18 juillet 1837, les articles 539 et 713 combinés de notre code civil. C'est dans ce sens également que Merlin et Tielemans définissent le domaine public (3).

Tantôt, au contraire, le législateur appelle plus par-

(1) LL. 15 et 17, D., 50, 16.
(2) LL. 6, pr. et 72, § 1, D., 18, 1.
(3) MERLIN, *Rép.*, v° *Domaine public*; TIELEMANS, *Rép. de l'adm.*, v° *Domaine*, p. 243.

ticulièrement *domaine public* les biens de l'État, de la province ou de la commune, asservis aux besoins et aux usages du public (*quæ sunt in usu et extra commercium*).

C'est ainsi que Savoye-Rollin entendait le domaine public, dans son discours au Tribunat sur l'article 537 du code civil (1).

Tel est le sens des articles 538 et 540 du même code. Et c'est aussi dans ce sens que nous comprenons le domaine public avec la plupart des auteurs, par opposition au *domaine de l'État*, qui s'applique exclusivement aux biens patrimoniaux (2).

Ainsi dans ce Traité nous n'envisageons que les choses publiques destinées uniquement aux usages et besoins de tous, et dont les principales forment l'objet des articles précités 538 et 540 du code civil.

32. En thèse générale, la première et la plus simple des tâches à remplir dans un ouvrage consiste à définir son objet et à en exposer la nature. Malheureusement ici, notre législation offre une lacune bien regrettable; il n'existe aucune définition légale des choses publiques comprises dans le sens étroit que nous venons d'indiquer, du domaine public qui se compose de l'ensemble de ces choses.

Aussi la controverse est-elle vive sur ce point de

(1) Locré, liv. II, tit. I, part. II, VII, n° 7.

(2) Proudhon, *Domaine public*, n°s 47 et 203; Dalloz, *Rép.*, v° *Dom. public*; Foucart, *Droit adm.*, liv. III, chap. I; Gaudry, *Domaine*, n°s 57 et 624; Troplong, *Prescr.*, n° 144; Pardessus, *Servit.*, n°s 34 et suiv.

Digitized by Google

départ, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence !

A nos yeux, le domaine public dont il s'agit s'entend de choses appartenant à l'État, que la loi assujettit aux services ou usages publics, et qui échappent à toute appropriation privée tant que dure leur destination.

Par opposition au domaine privé de l'État ou des particuliers, le domaine public n'est pas administré d'une manière privative (*in pecuniâ*).

Il est destiné à l'usage ou à l'utilité de tous, et sert ainsi à l'accomplissement des services publics (*in usu publico*).

Le domaine public est donc l'ensemble des choses de l'État que la loi a mises hors du commerce pour satisfaire aux besoins de tous.

Mais à entendre la théorie qui prévaut aujourd'hui, ce domaine formerait la négation de la propriété. Il se composerait de choses non susceptibles de propriété, asservies à l'usage de tous sans pouvoir appartenir à personne, pas même à l'État, tant et aussi longtemps qu'elles conservent leur destination publique.

Proudhon, le grand promoteur de ce système, avait toutefois bien voulu concéder que le domaine public avait un possesseur et un maître, le *public* qu'il distinguait de l'État ; qu'au nom de ce public, le gouvernement exerçait sur ce domaine une espèce de possessoire de protection ; qu'en ce nom, il pouvait intenter les actions possessoires et pétitoires, posséder, revendiquer et prescrire (1).

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 202, 231, 238, 343, 625, 631.

Cette concession parut bientôt trop forte. On la supprima et l'on décida, tant en France qu'en Belgique, que le domaine public était incompatible avec toute idée de possession et de propriété; qu'il formait une chose abstraite et qu'il se composait d'un ensemble d'usages ou de services publics soumis à de simples lois de police, conformément à l'art. 714 du code civil.

C'est de cette façon que l'on est parvenu, en matière de rivages de la mer et de chemins vicinaux, de cimetières publics, à admettre que le sol puisse appartenir à un autre maître que l'État général ou municipal; que la propriété du sol soit complétement absorbée par les usages publics et les droits de police, qui constitueraient et gouverneraient d'une manière absolue les choses n'appartenant à personne, aux termes de l'article 714 du code civil; que l'État exercerait moins un droit de propriété qu'un droit de protection et de surveillance (1).

33. Le rôle singulier et persistant que vient jouer cette disposition du code civil dans les questions modernes mérite de fixer l'attention.

S'agit-il de domaine public, ou bien de petites rivières, de ruisseaux, d'eaux pluviales, etc.; s'agit-il de la moindre chose sur la nature de laquelle il peut y avoir contestation, l'art. 714 devient un précieux talisman.

(1) Voyez, pour les cimetières publics, arr. cass. Fr., 10 janvier 1844 (Sirey, 1844, 1, 120); arr. cass. B., 14 février 1862 (*Pas. B.*, 1862, 1, 104, et la note). — Voy. arr. Caen, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 2, 221), pour les rivages de la mer.—Voy., pour les chemins vicinaux, arr. cass. B., 10 février 1865 (*Pas. B.*, 1865, 1, 280); arr. Gand, 23 février 1867 (*Pas. B.*, 1868, 11, 100, et la note).

L'élasticité de ses termes permet de lui faire embrasser toute espèce de choses dont le caractère privé puisse faire l'objet d'une suspicion. On les classe immédiatement parmi les *res nullius*, et on les soumet au régime spécial de police dudit art. 714.

Telle est la fascination qu'exerce une idée toujours reproduite et répétée à satiété par les meilleurs auteurs, qu'il a pu nous échapper de reproduire, à propos des eaux courantes privées, un mauvais argument de Garnier, et d'ailleurs fort superflu pour la solution que nous avons indiquée, consistant à dire que l'art. 714 du code civil ne s'appliquait guère qu'aux choses publiques dont il est question à l'art. 538, auquel il correspond (1).

C'est là une erreur complète et la confusion la plus étrange des choses publiques avec les choses communes; et c'est cette confusion qui a aidé la doctrine à dénaturer le domaine public, à lui donner une couleur abstraite et négative qu'il ne comporte pas.

34. Dans la nature, il existe des choses que l'on a toujours appelées choses *communes* (*res communes*), telles que les éléments, l'air, la lumière, la mer, l'eau courante (abstraction faite du sol), etc.

Voet, Vinnius, Domat et Pothier expliquent parfaitement avec le droit romain ce qu'il faut entendre par ces expressions *res communes*. Ils les distinguent avec soin des *res publicæ* (2).

(1) *Possession*, n° 595 *ter*.

(2) *Instit.*, § 1, *de div. rer.*; LL. 1, 2, §§ 1 et 4, D. 1, 8; Vinnius, *Instit.*, *de div. rer.*, t. I, p. 157; Domat, *Droit public*, tit. VIII, p. 59; Pothier, *Propriété*, n°s 21, 22, 84, 280; Voet *ad Pand.*, t. I, liv. I, tit. VIII, n°s 2 et 8.

Cette distinction faite sous toutes les législations est également reproduite en droit moderne (1).

Les choses communes sont tout à la fois *res nullius*, parce que par leur essence elles échappent nécessairement à la possession des hommes ou des nations.

Restées forcément dans l'état de communauté négative après le partage des biens terrestres, ces choses ne peuvent appartenir pas plus à l'un qu'à l'autre. Elles ne sont pas du domaine de l'homme; elles sont en elles-mêmes incapables de possession et de propriété de la manière la plus absolue. Elles sont en quelque sorte la propriété commune du genre humain (2). Leur véritable maître, c'est la nature.

« La police, dit Domat, n'a donc rien à y régler, si ce n'est que chacun ne fasse rien pour empêcher les autres d'en jouir librement. »

« Observez, disait Pothier, qu'il ne faut pas confondre le corps d'un fleuve navigable avec l'eau qui y coule, qu'on appelle *aqua profluens*.

« Le corps du fleuve est un grand corps qui est le même, qui a toujours subsisté par le passé et qui subsistera par la suite, dont la propriété appartient au souverain dans les États duquel il se trouve. L'eau qui y coule (*aqua profluens*) est cette eau qui, dans le temps présent, est dans un tel lieu du fleuve et qui, dans l'instant suivant, n'y sera plus et à laquelle une autre eau succédera. C'est cette eau qui est restée dans la

(1) Troplong, *Prescr.*, nos 109, 142, 144; Duranton, *Prescr.*, no 159; Comte, *Propr.*, chap. XVII, p. 106.

(2) Comte, *Propr.*, chap. V, p. 21.

communauté négative du genre humain, qui appartient à tous les hommes en commun, sans qu'aucun puisse s'en dire le propriétaire tant qu'elle reste dans cet état; que chacun par conséquent, l'étranger comme le citoyen, peut puiser dans la rivière et dont il peut acquérir le domaine en s'en emparant (1).. »

35. Le droit romain nous a laissé plusieurs classifications légales des choses; elles offrent toutes ceci de remarquable, qu'elles ont soin d'observer que les choses communes n'ont pas de maître dans l'humanité, à la différence des choses publiques.

Nous ne parlerons pas de la division faite entre les *res humani juris* et les *res divini juris* (2), par le motif qu'elle n'a plus d'importance pratique, que toutes les choses sont *humani juris* aux yeux du droit moderne.

Mais nous signalerons la distinction fondamentale des choses faite par le célèbre jurisconsulte Ulpien. Cette distinction est la plus générale et la plus complète.

Ulpien divise les choses en *res quæ sunt alicujus*, c'est-à-dire en choses susceptibles d'appropriation, et en *res quæ sunt nullius* ou choses qui ne peuvent appartenir à personne. Parmi les premières, il classe les choses publiques et les choses particulières. Parmi les secondes, il range les choses communes et les choses *divini juris* du droit romain (3).

Nous retrouvons cette opposition entre les choses

(1) Pothier, *Propr.*, n° 84.
(2) L. 1, pr. et § 9, D., *de div. rer.* L. 1, pr. D., 43, 1.
(3) L. 1, pr. D. 43. 1.

Digitized by Google

publiques et les choses communes dans les Institutes de Marcien et de Justinien, qui ne font que reproduire une sous-division des choses plus détaillée que celle du jurisconsulte Ulpien (1).

36. Nous venons de constater le point essentiel qui distingue les choses communes des autres choses, et notamment des choses publiques.

Toutefois, il importe de remarquer que ces deux espèces de choses si différentes offrent plusieurs caractères semblables et qui ont beaucoup contribué à les confondre les unes avec les autres. Elles sont, en effet, toutes deux destinées aux usages des hommes, et toutes deux sont placées hors du commerce (2). Néanmoins, nous verrons bientôt que, même sous ces deux rapports, l'assimilation est loin d'être complète.

« Il y a, dit Domat, deux espèces de choses destinées aux usages communs des hommes : 1° celles qui le sont par nature, la mer, etc. ; 2° et celles qui le sont par la société, soit pour le spirituel, comme les églises et les cimetières, soit pour le temporel, comme les rues, palais, colléges, maisons de ville et autres lieux publics (3). »

« Il y a, dit le même auteur, trois espèces de choses hors du commerce, c'est-à-dire qu'un particulier ne peut avoir en propre : 1° les choses *divini juris* (*sacræ ut templa, sanctæ ut sepulchra*) ; 2° les choses communes à tous, comme l'air, la lumière, la mer, l'eau ; 3° les

(1) *Instit.* de JUSTINIEN, pr., *de rer. div.* L. 2, D., *de rer. div.*
(2) LL. 3, § 17, et 30, §§ 1 et 3, D., *de acq. poss.*
(3) DOMAT, *Droit public*, tit. VIII, p. 60.

choses publiques, fleuves, rivières, rivages, grands chemins, murs et fossés de villes, maisons de ville, places publiques, etc. (1) »

Mais aujourd'hui les *res divini juris* n'existant plus et se confondant avec les choses *humani juris*, on peut dire avec la doctrine qu'il n'y a plus que deux espèces de choses placées hors du commerce : 1° les choses communes qui par leur nature même échappent à l'appropriation privée ; 2° les choses publiques qui y échappent par la destination de la loi (2).

37. Les choses communes sont donc de toute nécessité hors du commerce. Cependant le droit romain les reconnaissait susceptibles d'acquisition par la voie de l'*occupation*. Mais dans ce dernier cas, remarquons-le bien, le domaine se confond et cesse avec la possession ou l'usage. En effet, que l'on comprime une certaine quantité d'air, que l'on s'empare de quelques rayons de lumière, que l'on recueille de l'eau douce ou de l'eau de mer, que l'on occupe une partie de la mer, tous ces éléments divers retourneront après leur occupation à l'état de nature, à leur premier état de chose commune dont la propriété n'est à personne (*res communis et nullius*). En définitive, cette occupation est loin d'être absolue ; elle n'aura guère consisté qu'en une simple jouissance temporaire.

Ces observations n'ont pas échappé à la sagacité

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. prél., tit. III, sect. I, n°s 2 et 3.

(2) Mon *Traité sur la Possession*, n°s 358 ; Curasson, *Compét., possession*, sect. III, n° 6 ; Proudhon, *Dom. publ.*, n°s 8 et 15.

des principaux jurisconsultes, Vinnius, Voet, Pothier, Troplong, etc.

« *Non simpliciter et absolutè occupantis sunt*, dit Vinnius; *sed dumtaxat intereà dum occupat.* » — « *Publicæ*, dit Voet, *à populo jam occupatæ in dominio esse cœpiunt; communes non item, sed adhuc occupandæ, tanquam nullius* (1). »

38. C'est sans doute mû par ces considérations que le projet du code civil avait voulu déroger aux principes romains développés par Vinnius, Domat, Voet et Pothier. Dans les dispositions générales du livre III, il avait formellement exclu l'*occupation* des différents modes d'acquérir la propriété.

Mais la cour d'appel de Paris fit observer que l'article 713, adjugeant à l'État toutes les choses sans maître, comportait une seule exception, les choses communes; et que ces choses pouvaient être acquises par droit d'occupation, conformément aux principes du droit romain.

C'est à la suite de ces critiques que la section de législation du conseil d'État trouva à propos de reconnaître le droit d'occupation dans certaines limites, en insérant dans la loi un nouvel article sur les choses communes, mais à l'exclusion du gibier et du poisson qui forment l'objet de lois particulières (art. 715).

Telle est la véritable origine de l'article 714 du code civil (2).

(1) VINNIUS, *Instit. de rer. div.*, t. I, p. 158; POTHIER, *Propr.*, nos 278 à 280; TROPLONG, *Prescr.*, no 142; VOET *ad Pand.*, t. I, liv. I, tit. VIII, no 8.

(2) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, nos 379 et 383.

Digitized by Google

Ainsi il faut admettre que cette disposition régit exclusivement les choses communes (1). Ce sont ces choses qu'elle déclare non susceptibles de propriété quelconque et purement destinées aux usages communs de tous les hommes.

Elle traite d'usage ou de simple jouissance leur acquisition par occupation, et soumet cette acquisition à des règlements de police.

Et en quoi consistent ces règlements de police? La loi n'en dit rien; mais comme il s'agit ici de droits naturels à l'homme, toute la mission de la police se borne à veiller à ce que chacun ne fasse quoi que ce soit pour empêcher les autres d'en jouir librement (2).

L'administration a donc, en pareille matière, le seul droit d'assurer à chacun sa liberté de jouissance ou d'occupation. Ce droit est un droit de police générale, et il ne peut perdre ce caractère. Tout règlement qui dépasserait ce but, qui s'immiscerait dans l'administration interne de la chose, serait illégal et inopérant; car le pouvoir d'un gouvernement quelconque ne doit pas entraver le libre usage d'une chose nécessaire à l'existence de l'homme, et qui lui est assuré par les lois les plus sacrées du droit naturel et du droit des gens (3).

39. Ces préliminaires posés, nous pouvons aborder de plus près les choses publiques formant l'objet du

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.*; Vazeille, *Prescr.*, n° 81; Tielemans, v° *Domaine*, p. 246.

(2) Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VIII, prél.; Vinnius, *Instit.*, t. I, p. 158; Comte, *Propr.*, chap. V, p. 22.

(3) Domat, *loc. cit*

domaine public proprement dit, et auquel se réfèrent les art. 538 et 540 du code civil.

Ces deux articles énumèrent les plus importants objets du domaine public, la voirie publique par terre et par eau, les rivages et ports de la mer, les fortifications et places de guerre. Mais ils n'ont rien de limitatif; il existe encore d'autres choses publiques que nous aurons à examiner, et notamment celles qui constituent ce que l'on appelle le domaine public municipal.

Il suffira de remarquer, quant à présent, que toutes ces choses publiques rentrent dans la catégorie de celles que le droit romain appelait *res publicæ quæ in publico usu habentur*, et ce par opposition aux *res publicæ quæ in pecuniâ sunt populi aut civitatis* (1).

Nous ne nous occuperons pas, dans le présent traité, du domaine de l'État qui s'applique aux biens de cette dernière catégorie. Chacun sait qu'ils sont administrés privativement par l'État, à l'instar de biens particuliers; que le public n'a que la jouissance indirecte de leurs revenus; que ces biens sont dans le commerce, susceptibles de propriété, de possession et de prescription privée (2).

Les choses publiques proprement dites (*quæ sunt in usu publico*) sont, au contraire, mises hors du commerce et abandonnées ordinairement par la loi aux usages de tous les citoyens; en général, le public jouit par lui-même de la chose directement et sans distinction; et la

(1) L. 6, D., 18, 1; Molitor. *Poss.*, nos 12 et 83.
(2) Curasson, *Compét., poss.*, sect. III, no 7, etc.

chose ne rentre dans le commerce que lorsqu'elle vient à perdre sa destination publique.

40. Le droit romain nous apprenait déjà comment ces choses étaient gouvernées quant à leur usage. Il nous enseignait que leur usage était soumis à des règles de droit public, contre lesquelles aucune espèce de prescription ne pouvait prévaloir, *juri publico atque usui semper vindicari, præscriptio non debet obsistere* (1).

Dans le chapitre précédent, ainsi que dans un ouvrage tout récent, nous avons suffisamment expliqué comment et à quel titre l'administration de l'État intervient pour régler les usages du domaine public conformément aux règles de droit public et administratif; nous avons constaté qu'à cet égard l'administration n'agit pas comme personne morale ou privée, mais qu'elle agit comme personne publique, à titre de puissance, de son droit d'*imperium*, du pouvoir exécutif dont elle est revêtue à l'égard de cette partie du domaine national (2).

Notre intention n'est pas de reproduire tous les développements que nous avons donnés à cette partie intéressante de la matière, et auxquels nous renvoyons les lecteurs.

Nous constaterons simplement qu'à l'égard des choses publiques, le rôle de l'administration est tout autre que lorsqu'il s'agit des choses communes.

L'État qu'elle représente peut non-seulement ici

(1) LL. 1, 4 et 6. C., *de oper. publ.*
(2) *Traité de la Possession*, liv. V, chap. I.

exercer les droits de police généraux qui affectent tout le territoire et tous ses habitants, mais encore il a le pouvoir de s'ingérer dans l'usage même de la chose publique. Non-seulement il police, mais il accorde et règle l'usage; il répartit les usages, il concède; il administre dans toute la force du mot.

L'administration ne se trouve plus uniquement en face du droit naturel et du droit des gens. Elle est en contact avec le droit public interne; elle a à appliquer les rapports que ce droit établit entre l'homme et l'État sur les choses du domaine public.

Nous avons déjà observé que ces règles ne sont pas toutes, à proprement parler, des règles de police, et que les droits auxquels elles se rapportent sont plutôt des droits publics que des droits de police ordinaire et générale. La plupart de ces règles sont des mesures d'administration intérieure, qui ne se puisent pas plus dans le droit de police que dans les notions ordinaires du droit privé, mais qui sont entées sur le droit public et administratif (1).

Quel que soit le nom que l'on veuille leur donner, il n'en est pas moins vrai que l'administration agit, en tous cas, comme déléguée du pouvoir législatif, de la puissance publique, de la souveraineté de la nation.

41. Si, comme nous venons de le voir, l'administration revêt un caractère différent de celui que l'on observe dans les choses communes, d'un autre côté le public

(1) *Traité de la Possession*, n° 367.

exerce sur la chose publique des droits d'usage d'une autre nature.

Il ne faut pas, en effet, confondre les usages communs avec les usages publics, quoique, dans le langage usuel, les mots soient employés comme synonymes. Les choses communes sont à la disposition du genre humain tout entier; l'usage des choses publiques n'est concédé en principe qu'aux citoyens de l'État où elles se trouvent ou à ceux que cet État veut bien tolérer, *permissu civitatis* (1). (Voy. n° 93.)

L'usage des choses publiques peut être concédé gratuitement ou à titre onéreux, tandis que l'usage des choses communes est toujours gratuit.

Contrairement à ce qui se passe dans les choses communes, on ne peut sur les choses publiques rien acquérir par droit d'occupation. C'est la loi, le pouvoir exécutif accompagné de sa police, qui vient ici remplacer la simple nature, régler et distribuer les usages (2). L'homme n'exerce donc sur les choses publiques que les droits que la loi veut bien lui accorder, et qui ne peuvent jamais dégénérer et se convertir en droits réels, en droits de propriété particulière.

12. Quelle est la raison de ces différences? D'où proviennent, d'une part, cette puissance si étendue de l'État lorsqu'il dispose de l'usage de la chose par des règles de droit public, et, d'autre part, ce tempérament de jouissance apporté aux droits des citoyens?

(1) VINNIUS, *Instit.*, t. I, p. 162; COMTE, *Propr.*, chap. V.
(2) DOMAT, *Droit public*, liv. I, tit. VIII, sect. I.

La raison est fort simple, quoique si souvent méconnue; elle se puise tout entière dans la circonstance que nous avons déjà signalée, et qui forme la ligne de démarcation entre les choses communes et les choses publiques. Les choses publiques ont un maître, tandis que les choses communes n'en ont pas. Elles sont, à la différence de ces dernières, susceptibles d'appropriation, mais de l'appréhension seule de l'État. Ce sont de véritables biens qui peuvent faire et qui font l'objet de la propriété et de la possession juridique des peuples ou des nations (1).

Ce qui caractérise le domaine public avant tout, c'est d'être une *propriété publique*, une branche du domaine national. C'est un véritable domaine de l'État, à la différence : 1° que l'usage en est généralement abandonné au public, au lieu d'être géré privativement par les mandataires de la nation; 2° qu'il contient, au lieu de la puissance privée ordinaire, la puissance publique la plus élevée dont la nation est capable, et en vertu de laquelle elle administre.

Le droit de propriété de l'État sur les choses publiques est, avec la souveraineté, la source de la puissance publique qui s'y exerce; la puissance publique, au lieu d'effacer, ne peut que refléter l'éclat du droit de propriété qu'elle renferme. M. Enjubault, le rapporteur de la loi du 22 novembre 1790, exprimait très-bien cette pensée, qui a présidé à la confection de la législation moderne:

« D'après les publicistes, tels que Grotius, Le Bret,

(1) Comte, *Propr.*, chap. V.

Chopin, etc., toute nation a le souverain domaine de l'universalité du territoire qu'elle occupe. Ce domaine éminent, qui ne diffère de la puissance publique *que comme la cause diffère de son effet, lui assure la propriété directe* de toutes les portions de ce territoire qui, par leur nature ou leur destination, ne peuvent appartenir à personne en particulier... Les grands chemins, les fleuves, les rivages de la mer, etc., sont de cette classe. *L'effet naturel de la propriété publique sur tous ces objets est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété privée.* »

Le domaine national comprend toutes les choses que l'on désigne indistinctement sous les noms de domaine public, de domaine de l'État, de domaine de la nation. La seule distinction entre elles consiste dans la destination donnée par la loi à quelques-unes de ces choses, et qui les rend inaliénables et imprescriptibles tant que dure cette destination. Mais toutes ces choses comportent la même nature, le domaine de propriété reposant sur le chef de l'État. Ce domaine subit les mêmes règle sessentielles et constitutives de toute propriété; les principes ne varient que quant à l'administration de l'usage.

43. Nous avons déjà fait remarquer que les choses publiques sont, comme les choses communes, placées hors du commerce; mais elles ne le sont pas d'une manière aussi absolue. Et cette différence provient encore de la nature même de ces choses bien distinctes.

Les choses communes sont hors du commerce comme ne pouvant appartenir à personne, parce que telle est

leur destination naturelle et forcée, parce que l'ordre de la nature est immuable.

Les choses publiques ne sont hors du commerce qu'à raison de leur destination accidentelle, à raison des besoins publics auxquels elles sont asservies; car, au fond, elles sont susceptibles d'appropriation. La loi ne les place hors du commerce que d'une manière relative, exclusivement au profit du domaine public qui seul peut posséder et prescrire, en ce sens seulement qu'elles ne peuvent passer dans la possession et dans le domaine privé d'aucun particulier (1). Et cela est si vrai qu'il est admis par tous les auteurs que ces choses rentrent de plein droit dans le commerce aussitôt que vient à cesser leur destination publique.

11. Les choses publiques existent et échappent au commerce par des motifs d'ordre social et de prospérité nationale, qui peuvent venir à changer.

Il n'est pas bon que tout le territoire d'un pays soit abandonné à la culture ou à l'industrie des particuliers. Il convient de réserver en commun certaines parties du territoire, précisément dans l'intérêt de la masse territoriale, de l'industrie et du commerce, si nécessaires aux besoins de l'homme et à l'amélioration de sa condition sociale.

« Quoique les biens de ce genre, dit Comte, ne doivent pas, en général, à l'industrie humaine toute l'utilité que nous y trouvons, ils rendent d'immenses services aux nations qui les possèdent; ils donnent à tous les

(1) CURASSON, *Compét., poss.*, secl. III, nos 6 et 9.

autres biens une partie considérable de leur valeur, et sont une condition de l'existence des populations qui en jouissent (1). »

Et cet auteur cite principalement pour exemples les fleuves et rivières navigables, les routes, les ports de mer, etc.

L'État ou la nation, en destinant certaines choses de son territoire aux usages publics, aurait couru de grands risques d'abus et d'usurpations privées, et manqué son but d'utilité générale, si la loi n'était toujours venue, sauf dans les temps d'anarchie, au secours du domaine public et ne l'avait placé, quant à son usage, hors du commerce particulier des hommes. D'où il suit que l'usage de la chose ne pouvait plus être régi par les dispositions ordinaires du droit privé; que ce droit a dû faire place à d'autres règles du ressort du droit public et administratif, que l'État applique, non pas à titre de propriétaire ordinaire, mais en sa qualité de seule puissance capable de réglementer les choses publiques.

MM. Treilhard (dans son exposé de motifs au corps législatif) et Savoye-Rollin (dans son discours au Tribunat) ont tous deux déclaré *que les choses publiques étaient du ressort, quant à leur administration, d'un code de droit public ou de lois administratives; que ces sortes de biens étaient régis par le droit public* (2).

45. Il y a loin de là à conclure que la possession

(1) Comte, *Propr.*, chap. XII.

(2) Locré, liv. II, tit. I, part. II, V, nos 18 et 19; Locré, liv. II, tit. I, part. II, VII, n° 7.

Digitized by Google

et la propriété de ces choses restent complétement inertes tant que dure leur destination (1). C'est précisément pour sauvegarder la possession et la propriété exclusive de l'État que la loi a placé les choses publiques hors du commerce. Elles sont hors du commerce, non pas en ce sens que la nation ne peut posséder ni prescrire, mais en ce sens que personne ne peut posséder ni prescrire contre elle. La propriété du sol conserve sa nature vis-à-vis de l'État; son usage seul subit d'autres règles et d'autres destinées que celles de la propriété privée.

A propos de domaine public communal, Dalloz lui-même s'exprime ainsi :

« On opposerait en vain le principe de l'imprescriptibilité du domaine public; car ce principe a pour objet de le défendre contre les entreprises des particuliers, mais ne saurait servir à ceux-ci de protection contre les actes de possession des communes (2). »

La meilleure preuve vitale de la possession et de la propriété dans le chef de l'État, n'est-ce pas précisément cette haute destination de la chose publique, dont il laisse absorber toute ou presque toute l'utilité par les besoins et les usages des particuliers?

Ce n'est certes pas là le cachet d'une simple charge, d'un simple droit de servitude personnelle ou réelle (3). Il n'y a qu'un propriétaire, et un propriétaire aussi

(1) Mon *Traité de la Possession*, n° 369.

(2) Dalloz, v° *Voirie par terre*, n° 569.

(3) Pardessus, *Servit.*, n° 4; Cœpolla, *Servit.*, tr. I, chap. XIV, n 15; Proudhon, *Dom. publ.*, n° 238; Gaudry, *Domaine*, n° 242.

puissant que l'État, qui ait la faculté de disposer ainsi d'une chose et de la gouverner par des règles de droit public, qui n'auraient pas de raison d'être si elles ne s'exerçaient sur la propriété de l'État! Un simple particulier n'aurait pas le pouvoir de disposer ainsi de son bien.

Le domaine public se présente donc sous deux faces bien distinctes : 1° sous celle du droit de propriété du sol assuré exclusivement à l'État par sa mise hors du commerce; 2° sous celle de l'usage de la chose, gouverné par des règlements de droit public impliquant, de la part de l'État, le droit de puissance et de propriété publique.

46. Cette distinction fondamentale entre l'usage et la propriété des choses publiques n'est pas de création moderne. Toujours elle a existé, jusque dans nos provinces, dans les temps antérieurs à nos nouveaux codes, lorsque l'État était absorbé par de l'autorité des rois ou des princes!

A propos des fleuves et chemins publics, Méan observait qu'il fallait y considérer trois choses distinctes : la propriété, la juridiction et l'usage.

« *In fluminibus publicis tria sunt consideranda :* PROPRIETAS, JURISDICTIO *et* USUS, *sicut in viâ publicâ.* USUS *fluminis est communis;* PROPRIETAS *verò et jurisdictio fluminis est* DOMINI *in cujus territorio fluit, si non recognoscat superiorem, quia est de regalibus* (1). »

De Ghewiet enseignait la même doctrine.

« Les choses qui sont au public, dit-il, sont celles

(1) MÉAN, obs. 293, nos 5, 6 et 7.

quæ usu sunt omnium, proprietate nullius; telles sont les rivières et les grands chemins. »

Et De Ghewiet a soin d'ajouter immédiatement : *ce qui ne s'entend pourtant que par rapport aux particuliers entre eux* (1).

Plus loin, il ajoute :

« PROPRIETAS *et* JURISDICTIO *fluminis est* DOMINI *in cujus territorio fluit.* Cela n'empêche pourtant pas que l'*usage* des rivières ne soit aussi au public, sans qu'il soit néanmoins permis aux particuliers d'en détourner la commodité publique, ni d'y apporter aucun empêchement.

« Il en est des grands chemins comme des rivières par rapport à l'*usage public;* la *juridiction* en est au roi (2). »

Et De Ghewiet invoque non-seulement l'autorité de Méan, mais encore celle de plusieurs autres jurisconsultes les plus célèbres de cette époque (3).

47. De son côté, Cœpolla professait que les chemins publics n'appartenaient pas en propriété aux particuliers, que ces derniers n'en avaient que l'usage, *quantum ad usum, est privatorum, non quantum ad proprietatem;* que la propriété de ces chemins incombait aux maîtres de la terre, au prince ou au roi, *ad regem vel principem loci, ad dominos terrarum* (4).

(1) DE GHEWIET, *Instit. dr. belg.*, part. II, tit. II, § 9.

(2) DE GHEWIET, *loc. cit.*, §§ 11 et 12.

(3) ZYPEUS, liv. X, *de jure fisc.;* PERESIUS, *de alluv., in fine;* CHAMART, liv. II, tit. I, §§ 20 et 22; GOBIUS, quest. 21, n° 1; HERINGIUS, quest. 15, n° 16.

(4) CŒPOLLA, *Servit.*, tr. II, chap. III, n°s 17-22.

Sohet avait eu soin également de distinguer la propriété de l'usage.

« Les fleuves navigables et ce qui les rend navigables avec les ports et rivages sont, dit-il, *des régaux du prince*, quoique l'*usage* en soit commun.

« On tient communément que la *propriété* des grands chemins et rivières fait partie des régales du prince ; *idem* des lieux publics. — Dans les Pays-Bas autrichiens, ceux que l'on nomme royaux militaires ou grand'routes appartiennent, *quant à la propriété*, au prince, *quoique l'usage en soit public* et que le droit d'y planter des arbres appartienne assez souvent aux seigneurs par concession (1). »

Stockmans oppose aussi la propriété à l'usage de toutes les choses publiques : la propriété est au prince et l'usage est au peuple.

« *Viæ publicæ, generatim res omnes publicæ, proprietate tenus ad principem hodiè pertinent. — Ad populum pertinet usus viarum publicarum eundo, vehundo, commeando* (2). »

Voet avait déjà fait antérieurement la distinction, à propos des rivages de la mer et des fleuves. Il enseignait que si en principe les choses publiques appartenaient au peuple, *dominii jure ad totum populum*, néanmoins, d'après les mœurs de toutes les nations à cette époque, les rivières publiques étaient rangées dans la catégorie des choses appartenant au domaine ou aux régales des princes ; mais que l'usage était

(1) Sohet, liv. II, tit. XLVII, n° 1, et liv. III, tit. L, n° 1, prél. — 5.
(2) Stockmans, *decis. Brabantinæ*, 85, n°s 1 et 3.

commun à tous pour la navigation et ses accessoires; que toutefois on ne pouvait plus y pêcher et y édifier que moyennant une concession des princes (1). Quant aux lieux et chemins publics, Voet les définissait ainsi : *loca publica sunt, quorum proprietas est alicujus populi, usus verò omnium* (2).

Sur quoi se fondaient cette doctrine et cette distinction des auteurs?

D'une part, sur le livre des fiefs rédigé au XII° siècle par les ordres de Frédéric Barberousse et qui, sous le titre de *regalia*, avait compris dans les droits et domaines de l'empereur les choses du domaine public, notamment les chemins publics, les rivières navigables, etc. (3). D'autre part, sur la loi romaine qui, tout en attribuant la propriété de ces choses au peuple romain (4), proclamait leur usage public, *fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et littorum* (5).

48. Malgré les principes que nous venons de développer, la jurisprudence moderne persiste toutefois à méconnaître les droits de possession juridique et de propriété incombant à l'État sur les choses du domaine public. Elle tend de plus en plus à confondre les choses publiques avec les choses communes et à les placer toutes indistinctement sous le même régime, sous le

(1) VOET, *ad Pand.*, t. I, liv. I, tit. VIII, n° 9.
(2) VOET, *loc. cit.*, t. II, liv. XLIII, tit. VII.
(3) *De usibus feudorum*, liv. II, tit. LVI.
(4) LL. 15 et 17, D. 50, 16; L. 9, D., 41, 3; L. 3, pr. D., 43, 8, etc.
(5) L. 24, D., 39, 2.

régime exclusif des droits de police dont il s'agit dans l'art. 714 du code civil.

Force nous est donc de présenter l'historique complet des choses publiques, de signaler le retour fréquent de cette confusion où est de nouveau retombée la jurisprudence moderne, et les soins constants des jurisconsultes et du législateur pour restituer à ces choses leur véritable nature et y discerner la propriété de l'usage,

Dès le début de ce Titre, nous avons déjà vu le droit romain tirer les choses publiques du chaos où elles se trouvaient plongées pêle-mêle avec les choses communes. Nous l'avons vu distinguer soigneusement ces deux grandes catégories, et les opposer les unes aux autres dans la classification générale des choses.

Ainsi les Institutes de Marcien et de Justinien les différencient parfaitement dans leur nomenclature des diverses choses de ce monde (1).

Ainsi le Digeste classe d'un côté les *res communes* parmi les choses n'appartenant à personne (*res nullius*), et d'un autre côté les choses publiques parmi celles qui appartiennent à quelqu'un (*res quæ sunt alicujus*). Il donne à ces dernières la dénomination de *res universitatis* (2).

Si, dit Gaius, les choses publiques paraissent n'appartenir à personne, elles appartiennent cependant au corps universel, *ipsius universitatis esse creduntur* (3).

(1) *Instit. Just.*, pr. *de rer. div.*; L. 2, D., *de rer. div.*
(2) LL. 1, pr. et 6, § 1, D., 1, 8, L. 1, pr. D., 43, 1.
(3) L. 1, D., 1, 8.

Et que l'on n'aille pas s'imaginer que le droit romain ait pu faire ici allusion à d'autres espèces de choses publiques que celles prises *in sensu stricto*, et qui forment la matière de cet ouvrage? Les lois que nous venons d'invoquer citent textuellement les lieux publics, les chemins, les fleuves publics, les théâtres, les cirques, *et similia et si qua alia sunt communia civitatum*.

49. Nous le savons, le droit romain appréciait, comme nous, les choses publiques sous deux acceptions différentes, l'une dans un sens large, l'autre dans un sens étroit. (Nos 30, 31 et 39.)

Considérées dans le sens large, toutes les choses de l'État étaient des choses publiques et étaient subdivisées en deux grandes catégories : 1° les choses publiques que l'État régit d'une manière privative, comme revenus de biens particuliers (*res publicæ quæ sunt in pecuniâ populi aut civitatis*); et 2° celles destinées aux usages du public et mises hors du commerce, les choses publiques proprement dites (*res publicæ quæ in usu publico habentur et quarum commercium non sit*) (1).

A qui appartenaient toutes ces choses? L'une ou l'autre de ces deux catégories était-elle comprise, comme les choses communes, parmi les *res nullius?*

La réponse se trouve encore au Digeste. Ulpien nous apprend que toutes les choses publiques appartenaient indistinctement au peuple romain, *sola enim ea publica sunt quæ populi romani sunt;* et au nombre de ces

(1) L. 6, 1 ., 18, 1; L. 17, D., 50, 16.

choses, ce jurisconsulte mentionne spécialement les choses publiques proprement dites, *quæ publicis usibus destinata sunt* (1).

De leur côté, Gaius et d'autres jurisconsultes enseignaient également que ces dernières choses échappaient à l'usucapion et à la prescription, et restaient la propriété du peuple romain ou de la cité : « *usucapionem recipiunt res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum.* » — « *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica, concedi non solet.* » — « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest*, etc. (2). »

Aussi, dans l'application, le jurisconsulte Celsus qui considérait, à l'instar du droit moderne, les rivages de la mer comme faisant partie des choses publiques, n'hésite pas à en conférer expressément la propriété au peuple romain, par opposition à la mer elle-même qu'il proclame commune à tous les hommes, *littora in quæ populus romanus imperium habet*, POPULI ROMANI ESSE ARBITROR (3).

50. Les commentateurs du droit romain émettent les mêmes idées en matière de rivières publiques. *Tota sunt illius regionis... populi est*, dit Vinnius (4). Et Pothier (5) reconnaît qu'en droit romain elles étaient des choses publiques dont l'usage était laissé à tout le

(1) LL. 15 et 17, D., 50, 16.
(2) L. 9, D., 41, 3; L. 45, D., *h. t.*; L. 2, D., 43, 11; § 2, *Instit. de rer. divis.*
(3) L. 3, pr. D., 43, 8.
(4) VINNIUS, *Instit.*, liv. II, tit. I.
(5) POTHIER, *Propr.*, nos 52 et suiv.

monde *et dont la propriété appartenait au peuple romain.*

Si nous ouvrons à son tour le code de Justinien, nous constaterons que les empereurs romains n'ont fait que consolider les principes de l'ancien droit. Ils reconnaissent à l'administration de l'État le pouvoir d'intenter une action qui ne peut se puiser que dans le droit de propriété, de *revendiquer* les choses publiques conformément au droit public et à leur destination, de détruire tout ce qui nuirait à l'ornement ou la commodité des places et lieux publics, sans que l'on pût jamais lui opposer la prescription : « *Juri publico et usui semper vindicari... præscriptio temporis juri publico non debet obsistere* (1). »

Voilà ce qu'enseignaient les Romains, nos maîtres incontestables dans la science du droit! Il n'est pas prudent de s'écarter, comme on le fait aujourd'hui, des principes qu'ils nous ont transmis. Il vient toujours un moment où l'on éprouve le besoin d'aller se retremper à la source du vrai et du juste, que les Romains appliquaient avec un culte tout particulier.

51. Toutefois, les commentateurs de la loi romaine ne suivirent pas tous religieusement les notions si simples et si saines qu'elle nous a transmises. La controverse surgit.

Un interprète du droit romain, Placentinus, chercha à opérer entre les choses publiques et les choses communes la même confusion que celle qui règne aujour-

(1) LL. 1, 4 et 6, C., 8, 12.

d'hui, confusion d'autant plus à craindre que plusieurs textes emploient indifféremment les mots *usus publicus* et *usus communis* (1).

Cela se conçoit aisément. L'usage des choses publiques offre quelque chose de commun, quand on les considère relativement aux membres de l'État entre eux; mais, à la différence des choses communes, elles sont particulières à l'État; et ce caractère ressort de la manière la plus évidente lorsqu'on les envisage dans les rapports qui existent de nation à nation (2).

Mais ce qu'il importe, c'est de ne pas confondre le fond des choses, les choses publiques *in usu* d'un État avec les choses communes du droit naturel, dites impartageables, de communauté négative, et non susceptibles d'appropriation réelle (*res nullius*).

Aussi presque tous les autres commentateurs se sont empressés de combattre l'opinion de Placentinus et de rétablir la distinction fondamentale qui existe entre ces deux espèces de choses selon l'esprit de la loi romaine elle-même (3).

Nous ne pouvons nous empêcher de citer une note de Troplong, cet éminent jurisconsulte qui connaissait si bien le droit romain, les glossateurs et les auteurs sur le droit coutumier.

(1) *Instit. de div. rer.*, § 2; L. 24, D, *de damn. inf.*; L. 4, D., 43, 8; LL. 4, 5, D., I, 8; etc.

(2) Comte, *Propr.*, chap. V.

(3) Connanus, liv. III, chap. II, n° 2, p. 149; Janus a Costa, *Instit. de rer. div.*, p. 101; Vinnius, *Instit.*, t. I, p. 157 à 159; De Gerando, art. DCCCII; Domat, *Lois civ.*, liv. prél., tit. III, sect. I, p. 16; Voet, *ad Pand.*, liv. I, tit. VIII, n°s 2 et 8; etc.

« C'est précisément, dit-il, cette confusion et cette erreur de Placentinus que reproduit aujourd'hui M. Dalloz. Les choses communes, c'est-à-dire impartageables, non susceptibles de propriété privée et appelées pour cela *res nullius*, sont l'air, la mer, l'eau courante, etc. Mais les choses publiques ne sont pas sans maîtres; elles ne sont pas *res nullius; elles appartiennent à l'État ou à une cité;* elles sont dans leur *domaine;* seulement l'usage en sert à tout le monde. Entre elles et les biens patrimoniaux de l'État il y a cette différence, que ceux-ci consistent en revenus qui sont versés dans les caisses du gouvernement et de la commune, tandis que les choses publiques consistent *in usu*. Mais elles ne sont pas hors de l'appropriation; *elles sont dans le domaine du peuple, qui a la souveraineté du territoire*. M. Dalloz, pour corroborer son système, réduit ce droit de la nation romaine à une sorte de droit de surveillance et de police; mais ce n'est pas assez dire, *la propriété était à elle* (1). »

Cette note est la condamnation la plus énergique du système patronné par la nouvelle jurisprudence.

52. Après la domination romaine, l'étude du droit public est d'une extrême aridité pour ce qui concerne nos provinces. La féodalité, plus forte dans le principe que la monarchie, avait morcelé tous les attributs dérivés de la souveraineté et de la centralisation romaine. Elle fit passer dans le commerce la plupart des choses publi-

(1) TROPLONG, *Prescr.*, nos 145, note 9.

ques; et l'on peut dire que le domaine public fut littéralement envahi par le domaine privé.

Les droits de souveraineté qui appartiennent à la nation et qui reposaient sur le chef de l'empire à la chute de la domination romaine, ne tardèrent pas également à perdre leur nature dans nos contrées.

Sous le règne des rois de France des deux premières races, les seigneurs s'en emparèrent et les firent tomber dans le commerce. Tout devint réel, patrimonial et mercantile. Les juridictions, les droits de justice, les honneurs, les impôts, et généralement tout ce qui procède de la souveraineté, furent convertis en choses transmissibles, concessibles, négociables. Le droit public s'éteignit pour faire place au domaine privé. La propriété privée engloutit tout, y compris le domaine public; et la royauté fut complétement absorbée par elle. C'était, en un mot, l'anarchie!

Mais, sous l'ère des rois de la troisième race, le droit public tendit à reprendre son empire. Avec le raffermissement de la royauté, ressuscitèrent quelques principes du droit de souveraineté. Les rois arrachèrent insensiblement aux seigneurs et aux particuliers toutes leurs anciennes conquêtes. Et par l'édit de Moulins de 1566, ils retirèrent du commerce les droits et domaines de l'État pour les rendre inaliénables et imprescriptibles.

Quoique bien distinctes par elles-mêmes, les choses publiques furent assimilées aux hauts domaines de la couronne. Et Louis XIV n'en fit qu'une application dans ses ordonnances de 1669 et de 1683, lorsqu'il dé-

clara les fleuves et rivières navigables la propriété imprescriptible du domaine de la couronne, par le seul titre de la souveraineté.

C'est seulement à partir de ces documents constitutifs du droit public que nous avons à examiner l'organisation du système féodal, qui rejaillissait sur la juridiction ou l'administration des choses du domaine public.

53. Les droits publics qui s'exercent sur les personnes et sur les choses furent dévolus en principe au souverain de la nation où elles se trouvaient.

En droit féodal, certaines espèces de ces droits furent longtemps attribuées aux grands vassaux ou seigneurs. Les seigneurs ne puisaient pas ces droits dans le domaine des propriétés particulières dont ils étaient investis; à l'égard de leurs terres, ils s'appelaient seigneurs *féodaux*, et leur puissance était toute privée. Ils puisaient leurs droits publics dans le démembrement de l'autorité ou de la puissance publique qui leur avait été concédée par le prince ou dont ils s'étaient emparés; à cet égard, ils s'appelaient seigneurs *justiciers*, et ce titre était indépendant de toute possession territoriale. De là vint l'adage : « fief et justice n'ont rien de commun. »

On appelait *grandes régales* ou *grand domaine* l'ensemble des grands biens domaniaux ou des droits publics de souveraineté et de juridiction, auxquels plus tard on rattacha le domaine public. Les grandes régales étaient hors du commerce; elles ne pouvaient être possédées ni prescrites par de simples sujets. Elles

Digitized by Google

étaient réservées à la puissance suprême du prince ou du souverain ; elles n'étaient ni communicables ni cessibles.

Toutefois il en était qui, dans le principe, pouvaient être concédées ou communiquées aux princes feudataires, aux villes libres et aux grands vassaux dits seigneurs justiciers; par exemple, le droit de police et de juridiction, celui de battre monnaie, celui de faire des lois, de lever des troupes, etc. Dans tous les cas, le prince ne pouvait abdiquer son droit de haute police, de haute juridiction.

Mais à la fin du XVIIe siècle, presque tous ces droits avaient déjà été retirés par le pouvoir royal. Tous les démembrements du pouvoir public furent insensiblement restitués à la puissance souveraine. Les seigneurs n'usèrent plus guère que de leurs nombreux cens ou impôts dits droits de justice, qu'il ne faut pas confondre avec le droit de juger ou de policer (1).

54. Les *petites régales* (ou *petit domaine*) consistaient, indépendamment de quelques biens patrimoniaux sans valeur, dans les simples *profits* ou *utilités* que l'on pouvait tirer soit uniquement de la puissance publique, soit des choses publiques sur lesquelles cette puissance s'exerce; par exemple, les droits du souverain sur les mines, sur les passages, les rivières navigables, les canaux, etc. Ces petites régales, par le motif qu'elles coûtaient plus qu'elles ne rapportaient au trésor, furent mises dans le commerce ; elles étaient cessi-

(1) CHAMPIONNIÈRE, *Propr. des eaux cour.*, n° 327.

bles, concessibles et prescriptibles. On les concédait fréquemment aux seigneurs ou même à de simples particuliers; ces derniers pouvaient les posséder à titre de droits et même les prescrire. Ainsi les petites régales ne s'entendaient nullement de la propriété des choses publiques; elles s'appliquaient uniquement aux profits dont elles étaient susceptibles et qui pouvaient être concédés, *sans nuire toutefois à leur destination principale.*

Jamais, dans les temps féodaux, il n'exista de domaine public constitué au profit des seigneurs. Si les choses publiques furent primitivement dans leurs mains comme choses privées, nous venons de voir que dès que les règles de droit public commencèrent à prévaloir, elles n'établirent d'autre domaine public que celui de la couronne, conformément à la maxime : *nul n'a de fisc si ce n'est le roi* (1).

35. Ces courtes explications de droit historique, dont on trouve les principaux détails dans les ouvrages remarquables de MM. Championnière et Comte (2), sont absolument indispensables pour comprendre les auteurs qui, à des époques successives, ont traité des choses publiques.

Elles sont surtout nécessaires pour apprécier la portée des doctrines émises par ces auteurs en sens divers en matière de grands chemins et de rivières navigables, qui forment les deux objets principaux du

(1) Championnière, *Propr. des eaux cour.*, n° 384.
(2) Championnière, *loc. cit.*, Comte, *Propr.*, chap. XVI et XX.

grand domaine public, et qui ont toujours subi le même régime et les mêmes vicissitudes.

De plus, elles nous aideront puissamment à faire justice de tant de confusions et d'erreurs répandues aujourd'hui sur la nature du droit de propriété des choses publiques sous l'ère antérieure à la révolution française.

Nous pouvons maintenant aborder les anciens auteurs et les comprendre parfaitement.

56. Ainsi, du temps de Beaumanoir, les seigneurs étaient reconnus propriétaires des chemins et voies publiques. « De droit commun, dit-il, tous les chemins sont et appartiennent en toutes choses au seigneur de la terre qui tient en baronnie, que lesdits chemins soient parmi leur domaine ou parmi le domaine de leurs sujets, etc. (1). »

Dans le principe, il en était de même pour les grandes rivières. « En France, dit Charondas, plusieurs fleuves et rivières, encore que navigables, appartiennent à quelques seigneurs particuliers ou communautés, et non au roi ou domaine, qu'on ne laisse de nommer publics à cause de la navigation. Au contraire, au roi appartiennent quelques rivières qui ne sont navigables (2). »

Faisant un retour sur le passé, Bacquet disait également : « On tient en France que les fleuves publics et rivières navigables appartiennent au roi *et de regalibus sunt*... Nonobstant, nous voyons ordinairement qu'aux

(1) Beaumanoir, chap. XXV, n° 4.
(2) Charondas, *Observ. mémorables*, v° *Eaux*.

seigneurs justiciers et féodaux appartiennent les fleuves publics et les rivières navigables qui sont au dedans de leurs hautes justices et de leurs fiefs (1). »

Ricard exprimait le même avis quant aux eaux destinées à l'usage public (2).

Et Championnière rapporte une quantité de coutumes qui attribuaient aux seigneurs la propriété des chemins, des grandes rivières et des îles qui s'y forment (3).

57. Les choses ne tardèrent pas à se modifier par les événements. Avec l'augmentation de l'autorité royale, les domanistes apparurent et lui apportèrent le secours de leur science. Ils créèrent plusieurs maximes : *omnia sunt regis; toute justice émane du roi; le roi est le souverain fieffeux, le souverain voyer du royaume; nul n'a de fisc si ce n'est le roi*. Ils compulsèrent les lois particulières des fiefs lombards, le livre des fiefs rédigé au XIIe siècle par des jurisconsultes milanais d'après les ordres de l'empereur Fréderic Barberousse, et qui rangeait parmi les droits régaliens de l'empereur, sous le titre de *regalia*, tout ce qui portait le caractère de droit public, et notamment les choses publiques, *viæ publicæ, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia... piscationum reditus*, etc. (4).

A l'aide de ces règles, des principes du despotisme des empereurs romains et de sa propre puissance, le pouvoir royal s'empara aisément des justices, des choses

(1) Bacquet, *Droits de just.*, chap. XXX, nos 3, 4 et 17.
(2) Ricard, *Sur la coutume d'Amiens*, art. 184.
(3) Championnière, *Propr. des eaux cour.*, nos 372 à 374.
(4) *De usibus feudorum, quæ sint regalia*, liv. II, tit. LVI.

publiques, des grands chemins, des grandes rivières, des mines, trésors, péages et marchés, monnaies, vacants, des droits d'aubaine et de déshérence, en un mot de tout ce qui put lui tomber sous la main.

La plupart des feudistes, aux gages du domaine royal, proclamèrent en conséquence, avec les ordonnances royales et le livre des fiefs, que les grands chemins et les grosses rivières appartenaient au roi, tant sous le rapport de la propriété que sous celui de la puissance et de la juridiction.

Dejà Bouteiller s'exprimait ainsi : « Si est à savoir que toutes grosses rivières coulant par tout le royaume sont au roi notre sire, et tout le cours d'eau ; et les tient-on comme *chemins royaux* (1). »

Loysel disait également : « Les grands chemins et rivières navigables appartiennent au roi (2). »

Même déclaration de Duparc-Poullain, de Ferrière, de Voet, de Lebret, de Pothier et de tant d'autres auteurs (3).

Championnière rapporte les nouvelles coutumes de Boulonnais, d'Amiens, de Valais et de Meaux, qui consacrèrent le même droit au profit de la couronne (4).

Pour arriver à ses fins, l'autorité royale ne se fit pas faute de recourir même à la force et à la violence.

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, t. LXXIII et LXXXV.

(2) Loysel, liv. II, tit. II, règle 5.

(3) Duparc-Poullain, t. II, p. 398 ; Ferrière, *Dict.*, v° *Riv. nav.*; Lebret, *Souver. du roi*, liv. II, chap. XIII ; Voet, *ad Pand.*, liv. I, tit. VIII, n° 9 ; Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XXVI, § 1 *in fine*; Pothier, *Propr.*, n°s 52, 53, 84, 157, 159, 161, 164 ; Dumoulin ; etc.

(4) Championnière, *loc. cit.*, n° 381.

Bacquet lui-même nous apprend que de son temps les officiers du roi s'emparaient, au nom de ce dernier et à son profit, de tout ce qui était destiné et délaissé à l'usage du public (1).

58. Nous venons de voir, il n'y a qu'un instant, que la doctrine était la même dans nos provinces belges, tant pour la propriété que pour la juridiction de toutes les choses publiques, et par opposition à leur usage.

Stockmans s'exprimait ainsi : « *Moribus non tantùm nostris, sed plerarumque gentium, viæ publicæ* PROPRIETATE TENUS AD PRINCIPEM *hodiè pertinent, uti generatim res omnes publicæ communes et universitatis. — Ad populum pertinet usus viarum publicarum eundo, vehundo, commeando* (2). »

Méan dit qu'il y a trois choses à observer dans les fleuves et les chemins publics : la propriété, la juridiction et l'usage; que l'usage est au public; mais que la propriété et la juridiction appartiennent au prince du territoire où les choses se trouvent, ou à son seigneur supérieur, à titre de *régales* (3).

Louvrex, Sohet, De Ghewiet, conformément à l'opinion de Zypeus, Peresius et Chamart, exposent une doctrine identique en ce qui concerne les rivières, les chemins et les lieux publics (4).

(1) Bacquet, *Droits de just.*, chap. XXX, nos 3 et 4.

(2) Stockmans, décis. 85, nos 1 et 3.

(3) Méan, obs. 293, nos 3, 5, 6 et 7.

(4) Louvrex, t. I, part. I, chap. X; Sohet, liv. 2, tit. L, nos 1, 2, 4 et 5, et liv. II, t. XLVII, nos 1, 2, 3 et 4; De Ghewiet, *Instit. belg.*, part. II, tit. II, §§ 9, 11 et 12; Zypeus, liv. X, *de jure fisci*; Peresius, *de alluv.*, *in fine*; Chamart, liv. II, tit. I, §§ 20 et 22; etc.

Digitized by Google

59. Nous ne tarderons pas à voir que la lutte a continué d'exister entre les seigneurs et la royauté au sujet des chemins vicinaux, et qu'à cet égard les auteurs variaient d'opinion. (Voy. nos 108 et suiv.)

Les seigneurs se basaient principalement sur l'opinion de Loysel, qui avait émis cette proposition : *les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres* (1). »

Et l'ouvrage de De la Mare prouve qu'au moment de sa publication le droit des grands seigneurs justiciers sur les chemin vicinaux n'était plus guère contesté, sauf le droit de haute juridiction ou de haute police qui fut toujours reconnu aux rois, comme les véritables gardiens des usages publics (2).

A cette époque, nous verrons beaucoup d'auteurs reconnaître les seigneurs comme étant encore maîtres de la petite voirie publique, à titre de leurs droits de juridiction et de voirie, qui se réduisirent insensiblement aux impôts, aux utilités naissant de ces droits, au droit de s'emparer des vacants.

60. Mais hâtons-nous d'observer que si dans la plupart des nations, *moribus plerarumque gentium*, les souverains étaient parvenus à s'investir, après les seigneurs, de la propriété des principales choses publiques, cette propriété n'existait que de nom.

Quoique les choses publiques fussent assimilées au grand domaine ordinaire de l'État ou de la couronne,

(1) Loysel, *Instit. cout.*, t. I, liv. VI.

(2) De la Mare, *Traité de police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. I ; *id.*, tit. XIII, chap. III, sect. III, §§ 9 et 10.

elles ne purent toutefois échapper à leur propre nature et se distinguèrent forcément de ces derniers biens.

C'est une grande erreur de croire, avec la plupart des arrêts et des auteurs modernes, qu'elles faisaient alors uniquement partie des petites régales ou du petit domaine, qu'elles étaient, en conséquence, aliénables et prescriptibles.

Certes, nous savons que les édits de Moulins de 1566 et les ordonnances suivantes opposèrent le *petit domaine* ou les *petites régales* communicables ou cessibles au *grand domaine* ou aux *grandes régales* inaliénables et imprescriptibles ; que, parmi les choses du petit, domaine figuraient certains objets du domaine public, les rivières navigables, les canaux, les chemins dits communs, traverses ou passages, etc. (1).

Mais on se trompe singulièrement sur la portée du petit domaine, lorsque l'on s'imagine qu'il s'entendait de la propriété même du sol des choses publiques.

Quant à ces sortes de choses, le petit domaine se rapportait exclusivement aux droits et profits utiles qu'elles pouvaient produire, et susceptibles de l'appréhension des seigneurs ou des particuliers.

61. En principe, les chemins publics, les canaux et rivières publiques, etc., furent considérés comme grandes régales, *majora regalia*. Les choses publiques

(1) Dalloz, v° *Dom. de l'État*, n°s 26, 105 et suiv. ; Troplong, *Prescr.*, n° 184; Merlin, *Rép.*, v° *Dom. publ.*, § 3, n° 4 ; Gaudry, *Dom.*, n° 30 ; Ferrière, v° *Régales ;* Vort, *ad Pand.*, liv. XLIX, tit. XIV, n° 3; Dunod, *Prescr.*, part. III, chap. XI, p. 369.

furent, comme les autres choses de l'État, déclarées inaliénables et imprescriptibles.

Elles offraient même ce caractère à un plus haut degré que les biens du domaine ordinaire de l'État, car c'était surtout d'elles qu'il était vrai de dire, même en l'absence de loi, que les souverains en avaient plutôt l'administration que la propriété réelle.

Comme nous l'avons déjà dit, les édits de Moulins et les ordonnances royales avaient puisé leur principe dans le livre des fiefs milanais rédigé au XIIe siècle par les ordres de l'empereur Frédéric Barberousse. Et ce livre mentionnait, parmi les hauts droits régaliens réservés à l'empire, les choses publiques et particulièrement les chemins et les rivières, *viæ publicæ*, *flumina navigabilia*... (1).

Le petit domaine, dont les rois pouvaient seulement disposer, ne comportait entre autres que les droits utiles, que les fruits accidentellement produits par ces choses publiques.

La constitution de ce domaine était basée sur le principe qu'il ne pouvait être utilisé que par l'aliénation, que leur usage occasionnait plus de dépenses que de profits, *usus in abusu consistit*. Il ne pouvait donc s'appliquer à la propriété de choses publiques, de chemins, de rivières, de canaux, qui représentent une des principales richesses de la nation.

Les règles et les ordonnances avaient été plutôt prises contre les vieilles prétentions des seigneurs que

(1) *De usibus feudorum, quæ sint regalia*, liv. II, tit. LVI.

Digitized by Google

contre le droit sacré du public ; et elles avaient par conséquent plutôt pour but d'assurer aux rois l'exercice de la police et de la puissance publique, que de leur conférer la propriété du sol sur les choses du domaine public.

C'est ainsi qu'au XVIIe siècle, Louis XIV fut amené à appliquer ces principes, à distinguer, dans les biens de la couronne, les biens ordinaires de ceux échus par simple *droit de souveraineté* (1).

Par son ordonnance de 1669 et son édit d'avril 1683, ce monarque proclama que les fleuves et rivières navigables n'appartenaient pas à la couronne à titre de propriété ordinaire, qu'ils lui appartenaient par *le seul titre de la souveraineté.*

C'était bien reconnaître que le souverain n'était au fond qu'un simple administrateur et dépositaire de la chose publique !

Et en la qualifiant de *bien de la couronne*, Louis XIV reconnaissait aussi implicitement qu'elle était placée sous le privilége d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité octroyé par l'édit de Moulins de février 1566 !

Il en fut de même des grands chemins royaux, et d'autres objets principaux du domaine public, auxquels on appliqua les mêmes principes.

C'est ainsi qu'un édit de décembre 1681 et des déclarations des 20 février 1696 et 27 décembre 1707 attribuèrent au roi les murs et fortifications des villes.

C'est encore ainsi que l'ordonnance de marine de 1681 et un édit de 1710 conférèrent également au roi,

(1) DALLOZ, v° *Eaux*, n°s 14 et 37 ; v° *Dom. publ.*, n°s 4 et 6.

et au même titre, les rivages et les relais de la mer.

62. Ces attributions faites à la royauté par le seul titre de souveraineté ne donnèrent pas lieu à la moindre équivoque ou méprise.

Nous lisons dans les remontrances du parlement de Bordeaux du 30 juin 1766 :

« Il y a des biens appartenant en commun à la nation, tels que les rivières, les rivages de la mer, etc., dont la garde et la conservation est l'attribut de la souveraineté. Il n'était pas besoin de loi pour déclarer ces biens inaliénables, parce qu'ils le sont par leur nature... Ce n'est pas une véritable propriété dans la main du souverain, mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la chose commune ou publique, pour la conserver, la protéger, pour la rendre plus utile à tous ses sujets (1). »

Ces remontrances étaient bien l'expression de la doctrine dominante sous le régime féodal. Nous allons voir la législation elle-même, quelques coutumes et les principaux jurisconsultes de l'époque déclarer d'un côté que les choses publiques étaient de droit public, inaliénables et imprescriptibles; que d'un autre côté le souverain, comme chef de la puissance publique, n'en avait que la garde et la haute administration, avec la jouissance des profits et produits, le droit d'user et non pas celui d'abuser, qui seul constitue la propriété pleine et entière (2); que c'était simplement cette jouis-

(1) Dalloz, v° *Dom. publ.*, n° 6.
(2) Dalloz, v° *Eaux*, n° 14.

sance qui pouvait être *usurpée* par le souverain, passer ainsi dans le commerce et former un objet susceptible de possession et de prescription, en tant qu'elle ne contrariait pas tout à fait l'exercice des usages publics.

63. Ainsi, en France, indépendamment de l'édit de Moulins de février 1566 qui s'appliquait généralement à tout domaine de la couronne, il existait encore l'ordonnance de Blois de 1579, art. 346, proclamant avec quelques coutumes l'imprescriptibilité des chemins publics. Et la doctrine appliquait ce principe d'imprescriptibilité aux diverses choses du domaine public (1).

Il en était de même en Belgique. Les édits des souverains des 7 juillet 1704, 15 mai 1754, 3 mars 1764 et le chapitre IX des coutumes de Liége décrétaient aussi la publicité et l'imprescriptibilité des chemins du domaine public. Et la doctrine appliquait également ces principes aux rivières et autres objets appartenant à ce domaine (2).

64. A côté de ce principe légal d'imprescriptibilité, examinons comment les auteurs français et belges

(1) D'Argentré, *Cout. Bret.*, art. 266, chap. XXIII; Dunod, *Prescr.*, p. I, chap. XII; Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. VII, sect. IV, n° 9, et liv. prél., tit. III, sect. I, n° 2; *Droit publ.*, liv. I, tit VI, sect. I, n° 7; Pothier, *Poss.*, n° 37; *Prescr.*, chap. I, n° 7; *Cout. d'Orléans*, *Prescr.*, n° 9; Denisart, *Coll. d'arr.*, v° *Chemins*; Loyseau, *Des seign.*, chap. IX, n°s 73 et suiv.; Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XLIV; etc.

(2) Stockmans, déc. 86, n° 6, 87, n° 3; De Ghewiet, *Instit. droit belg.*, t. 1, p. 2, tit. II, §§ II et 12; Louvrex, t. I, p. 1, chap. XL, § 2, n° 2.

qualifiaient le droit éminent conquis par la puissance des seigneurs et des rois sur les choses du domaine public.

Beaumanoir qualifiait déjà ce droit *de garde*, relativement aux églises :

« Voies est, dit-il, que li roi *généralment* a la garde des églises du royaume, mais especialment çascuns baron l'a en sa baronnie (1). »

« Il me semble, dit Loyseau, que la distinction des chemins royaux et de traverse, bien que convenable lorsqu'il est question d'arbitrer leur largeur, ou encore possible de contribuer à leur réparation, n'est pas toutefois considérable en la question, si la justice d'iceux appartient aux juges royaux ou aux seigneurs : car les chemins, pour être dits royaux, *ne sont pas plus aux rois que les traverses ou autres chemins publics*, attendu qu'ils sont dits royaux comme les plus grands et excellents; et de fait il est notoire qu'ils ont été appelés royaux par les Romains et autres peuples qui n'avaient pas de roi.

« D'ailleurs, il est certain que *la vraie propriété des chemins n'appartient pas aux rois;* car on ne peut pas dire qu'ils soient de leur domaine, mais ils sont de la catégorie des choses qui sont hors du commerce, dont partant la propriété n'appartient à aucun, mais l'usage est à chacun; qui pour cette cause sont appelées *publiques;* et par conséquent la garde d'icelles appartient au prince souverain, non comme icelles étant de son

(1) Beaumanoir, chap. XLVI, n° 1.

domaine, mais lui étant gardien et conservateur du bien public (1). »

Et plus loin Loyseau ajoute : « En France, on distingue les rivières navigables d'avec les non navigables; et pour le regard des non navigables, elles sont *dominii privati* et appartiennent aux particuliers, et par conséquent aux hauts justiciers, à défaut d'autre maître. Mais les navigables étant publiques, ainsi que les grands chemins, *le roi s'en est attribué la propriété* (2). »

65. Legrand, avec la coutume de Troyes, tient à peu près le même langage. « Les chemins, dit-il, pour être dits royaux ne sont pas plus au roi que les traverses ou autres chemins publics, vu que les chemins publics n'appartiennent pas au roi en propriété et ne sont pas du domaine du roi, mais sont mis au nombre des choses communes et publiques, c'est-à-dire que la propriété ou domaine du chemin est public, et l'usage et la possession appartiennent aux particuliers (3). »

Plus loin, il fait la même observation pour les rivières navigables, et il ajoute : « Mais les rois se les sont attribuées d'ancienneté aussi bien que les grands chemins, et s'en sont saisis et déclarés seigneurs par *droit de domaine de la couronne*; ils ont mis et imposé subsides et tributs sur les rivières et sur le droit de pêche, etc. (4). »

(1) Loyseau, *Des seign.*, chap. IX, nos 73 et suiv.
(2) Loyseau, *loc. cit.*, chap. XII, n° 120.
(3) Legrand, *Cout. Troyes*, tit. VII, art. 130.
(4) Legrand, *loc. cit.*, t. X, art. 179.

66. Domat publia également que les fleuves, rivières, rivages et grands chemins étaient des choses publiques à l'usage de tous les particuliers; qu'elles étaient hors du commerce et que le prince ne pouvait qu'en régler les usages (1). Et dans son traité de Droit public, cet auteur refuse même de comprendre les choses publiques parmi les biens du domaine du souverain. Il n'y comprend que les îles et atterrissements, les péages, passages, pêches, moulins... et autres choses qui dépendent *du droit* sur les rivières et sur les chemins. Il fait observer que, les choses publiques étant hors du commerce, *les droits qu'y ont le souverain et les particuliers sont d'une autre nature que ceux que donne la propriété ordinaire* (2); que le souverain puise le droit d'administrer les usages publics dans sa qualité de chef du public et de la police de la société (3).

67. Dunod n'est pas moins explicite. Après avoir enseigné que les choses publiques, rues, places, marchés, édifices publics, étaient hors du commerce (4), il ajoute, à propos du domaine en général :

« La raison qui établit l'inaliénabilité du domaine, est que le souverain, le tenant pour des causes qui regardent l'intérêt public, *il n'en doit pas être regardé comme propriétaire*, mais seulement comme usufruitier et administrateur.

« L'inaliénabilité du domaine étant en France une

(1) Domat, *Lois civ.*, liv. prélim., tit. III, sect. I, n° 2.
(2) Domat, *Dr. publ.*, liv. I, tit. VI. sect. I, n°s 7 et 8.
(3) Domat, *Dr. publ.*, tit. VIII, sect. II, n° 1.
(4) Dunod, *Prescr.*, part. I, chap. XII.

Digitized by Google

loi qui embrasse la police et la conservation du royaume, les aliénations qui s'en font, même par des édits et dans des cas de nécessité, ne sont que des engagements; en sorte que le roi peut toujours retirer ses domaines aliénés, en remboursant les acquéreurs, sans avoir égard à aucune approbation, confirmation ni laps de temps, quand il serait de plusieurs siècles.

« Mais il faut distinguer du fonds du domaine et des droits domaniaux les revenus qui en proviennent ; ils appartiennent au souverain, comme les fruits à l'usufruitier (1). »

Le même auteur divise les *régales* en grandes et en moindres. Il appelle grandes régales les divers domaines et droits de souveraineté, de juridiction en général.

« Les régales de second ordre, dit-il, consistent *dans les profits* que l'on tire de la puissance publique et de la juridiction ; elles n'ont pas une liaison si intime avec la souveraineté que l'exercice de cette puissance : c'est pourquoi elles en peuvent être facilement séparées : *ad fiscale jus potiùs quam ad auctoritatem supremam spectant, et ideò frequentiùs concedi sunt solita.* Tels sont les droits du souverain sur les mines, les salines, trésors, *les passages, voitures des marchandises par terre et par eau,* et les droits utiles que la loi romaine donnait au fisc (2). »

68. Voet fait aussi remarquer que les lieux et chemins publics, les ports, les rivières navigables, etc., ne

(1) Dunod, *Prescr.*, p. 3, chap. V, p. 275.
(2) Dunod, *loc. cit.*, p. 3, chap. XI, p. 369.

Digitized by Google

sont pas la propriété particulière des princes; que ceux-ci n'en ont que l'usage et la haute administration; que la propriété reste au peuple ou au fisc.

« *Loca publica*, dit-il, *sunt quorum proprietas est alicujus populi, usus verò omnium* (1).

« *Locorum publicorum appellatione hic veniunt omnia illa, quæ utilitatibus publicis, ac per hoc etiam privatis, inserviunt, veluti areæ publicæ, insulæ publicæ, agri publici*, VIÆ ET ITINERA PUBLICA, NON ITEM LOCA FISCALIA EO QUÒD HÆC QUASI PROPRIA ET PRIVATA PRINCIPIS SUNT, *ac ob id horum intuitu neque facere quisquam neque prohibere privatus potest, et si quis in his aliquid fecerit, deque eo controversia fit præfecti eorum judices sunt* (2).

« *Utrumquè verum sit, differentiam usquè remansisse inter bona fiscalia et privatum principis patrimonium. — Quatenùs privatum patrimonium* JURE DOMINII *ad ipsum tanquàm privatum pertinet*, RERUM VERÒ FISCALIUM MAGIS USUS TANTÙM VEL USUSFRUCTUS ET ADMINISTRATIO, PROPRIETATE APUD FISCUM IPSUM MANENTE (3). »

Ensuite Voet énumère les choses fiscales dites *regalia minora*; et il y range les *produits* des chemins publics, des rivières navigables, des ports, etc. (4). Ce sont donc seulement les produits des choses publiques, et non pas ces choses elles-mêmes, qui formaient les petites régales dont les souverains pouvaient disposer.

(1) VOET, *ad Pand.*, t. II, liv. XLIII, tit. VII, n° 8.
(2) VOET, *loc. cit.*, liv. XLIII, tit. VIII.
(3) VOET, *loc. cit.*, liv. XLIX, tit. XIV, n° I.
(4) VOET, *loc. cit.*, liv. XLIX, tit. XIV, n° 3.

Digitized by Google

69. Le savant d'Argentré, dont le courage devait lui coûter la vie, fit ressortir la haute signification de l'article 54 de la coutume de Bretagne, qui confiait simplement aux seigneurs et au prince *la garde* de tous les chemins publics. Il fait observer avec autorité que ce n'est que la garde de ces chemins, *tuitio publicorum itinerum*, qui figure au nombre des droits régaliens du prince au titre du Code *quæ sint regalia* (1).

Arrivant aux concessions des petites régales (*merum imperium vulgare*), d'Argentré poursuit de ses sarcasmes le livre des fiefs et les usurpations royales. Il fait remarquer que quoique les régales aient été réservées aux princes pour les garder et conserver, ceux-ci ne se font pas scrupule de vendre, de céder et de permettre de prescrire la jouissance ou les utilités de ces choses, sauf cependant la puissance supérieure de la couronne sur ces choses, qui reste incessible et incommunicable. Il compare la concession faite par le prince à une lampe allumée à un foyer immense, de manière que le feu n'en garde pas moins toute son intensité : « *Manet igitur solida potestas in principe concedente, nec in alium transit æqualitate participationis, sed per derivationem* VELUTI LUCERNA ACCENSA DE MAGNO IGNE, *ità ut concedenti nil pereat de suo supremo jure. Quarè solent dicere proverbio,* CÆSAR EROGAT, ET NIHIL EI PERIT; *id intelligendum* DE MERO IMPERIO VULGARI, QUOD IN COMMERCIUM CADIT (2). »

(1) D'ARGENTRÉ, *Cout. Bret.*, art. 54, notes 2 et 6.
(2) D'ARGENTRÉ, *loc. cit.*, art. 56, note 3 *in fine*.

Digitized by Google

Enfin, arrivant à la prescription, d'Argentré relate la pureté des principes romains qui déclaraient les choses publiques imprescriptibles, qui permettaient de démolir à l'instant tout ce qui pouvait nuire à l'utilité, et même à l'ornement et à l'aspect de la chose publique. (L. ult. D. *de usuc.*) Mais il constate que les principes ont été bien altérés par le pouvoir royal; qu'il a abusé de son droit de protection sur ces choses, et que sous ce prétexte il a usurpé, sans titre ni droit, le pouvoir de trafiquer des *avantages* des choses fiscales, de les convertir en usages privés, de les louer, de les concéder en fiefs ou à titre de cens, et même de les aliéner à un prix déterminé : « *Hæc quidem jure vera,* QUANQUAM REGES USURPANT, TAMETSI NULLO JURE, UT PRÆTEXTU PROTECTIONIS *ejusmodi omnia cum libet in privata, et fiscalia* COMMODA *contrahant : et sæpè talia, aut locant, aut in censum dant, aut feudum, aut indicto solario alienant, atque ista regalia volunt esse... Nec negandum, quin ista* IN PRIVATUM USUM *interdum a principibus ex causa redigantur* (1). »

70. En Belgique, Stockmans enseignait, avec la jurisprudence, que quoique le sol des choses publiques ne pût jamais se prescrire, il n'en était pas de même *des utilités* qu'elles pouvaient procurer et dont les particuliers n'étaient pas incapables, par exemple du droit de planter sur les chemins publics et de vendre les arbres, pour autant que cela ne gênât point les usages du public : « *De publicis rebus nullo temporis spatio præscri-*

(1) D'ARGENTRÉ, *loc. cit.*, art. 266, chap. XXIII, nos 1-3.

bendis, eo pertinet ne ipsæ viæ aut solum, quatenùs publico usui servit, præscriptione acquiri unquàm possit; non etiam NE UTILITAS QUÆPIAM VIARUM CUJUS PRIVATI CAPACES SUNT, VELUTI ARBORUM PLANTANDARUM ET CÆDENDARUM, AD EOS TRANSEAT... *Modò non lædant usum communitati* (1). »

Stockmans ajoutait, avec Larrea, que le prince, quoique propriétaire des choses publiques, n'a pas le pouvoir de vendre le sol, d'intervertir ou de supprimer l'usage public des habitants, sans avoir l'assentiment de la nation; qu'il jouit simplement du droit d'administrer ces choses avec la puissance suprême; mais qu'il ne peut céder ce droit de haute administration, pas plus que celui d'aliéner, parce que ces droits font partie des grandes régales, des droits de majesté appelés *souveraineté*.

« *Non potest etiam princeps, licet proprietatis dominus, earum rerum publicum usum intervertere aut inferre incolis, non magis quàm stadia aut theatra publica universitatibus eripere : quia nemini jus suum, vel usum, vel servitutem potest detrahere.* HABET TAMEN ADMINISTRATORIAM SUPREMAM POTESTATEM, UT IN CÆTERIS REBUS OMNIBUS QUÆ SUNT PUBLICI JURIS... *Hæc autoritas rerum communium regendarum, uti et alienandarum, non jurisdictionis est, sed portio quædam supremæ potestatis esse existimatur* (2). »

Stockmans en infère que la concession du prince à

(1) STOCKMANS, *Decis. Brab.*, 86, n° 6, et 87, n° 6.
(2) STOCKMANS, décis. 87, n°s 3, 4 et 5; LARREA, *alleg. fisc.*, 110.

un seigneur n'attribue à ce dernier ni la haute administration, ni le droit d'aliénation quant aux choses publiques qui se trouvent englobées dans le domaine concédé; qu'elle lui en confère simplement la juridiction, avec le droit d'en percevoir toutes les *utilités* quelconques, *utilitatem omnem*, et tous les droits qui puissent compéter au prince, excepté les droits de majesté de hautes régales ou de souveraineté : *omnia quæ intrà istud territorium ad jus principis pertinent, principibus competunt, exceptis juribus majestatis et supremis regalibus quam souveranitatem vocamus* (1).

71. De son côté, Sohet reconnaissait l'exactitude de la doctrine de Stockmans.

« Plusieurs des régales mineures, dit Sohet, comme la chasse, la pêche, les mines de fer, chemins publics, moulins à ban, etc., établis d'ancienneté, peuvent appartenir à des seigneurs particuliers.

« Quoiqu'on dise communément que les régales et domaines des princes sont inaliénables et imprescriptibles, cela ne doit s'entendre que de l'autorité souveraine qui est inaliénable et que les domaines du prince ne se prescrivent point par le laps ordinaire de 30 ou 40 ans; car les fonds domaniaux, bois, prés, terres *et autres revenus dont les particuliers ne sont pas incapables*, se prescrivent par le laps de 100 ans, et les princes peuvent les engager, *les aliéner, en conservant sur ces parties leur souveraineté* (2). »

(1) Stockmans, décis. 87, nº 6, et 89, nº 5.
(2) Sohet, *Instit. belg.*, liv. II, t. XXV, nºs 3 et 4.

Digitized by Google

Plus loin, Sohet applique ces principes aux fleuves navigables, ports et rivages. Il les appelle des régaux du prince, ainsi que les profits en résultant et leurs choses accessoires, ponts, aqueducs, coups d'eau, etc. Puis il observe avec Méan « que si quelqu'un jouissait de l'un ou l'autre de ces *avantages par concession ou prescription, il ne peut pas dire que le fleuve lui appartienne pour cela* (1). »

72. Sohet et Stockmans n'étaient pas les seuls à enseigner qu'à la différence des fruits ou des profits utiles, la propriété des chemins, des fleuves et autres choses publiques, ou le droit de les aliéner, était en principe sous la sauvegarde des grandes régales du prince, des droits de souveraineté.

« On tient en France, disait Bacquet, que les fleuves publics et rivières navigables appartiennent au roi *et de regalibus sunt*, tant suivant la disposition du droit commun *in tit. Quæ sunt regalia, in usibus feud., l. flum. D. De damni inf., l. quominùs D. De flumin.*, etc., que suivant une prétendue usance de France par laquelle *Ea quæ jure naturali sunt communia omnium, ut mare, flumina, littora...* et tout ce qui est destiné et délaissé à l'usage du public est *censé* appartenir au roi : quoi que ce soit, des officiers, pour et au profit dudit seigneur, s'en emparent (2). »

Si le domaine public était *censé* appartenir au roi *et de regalibus est*, c'est qu'il était assimilé aux grandes

(1) Sohet, *loc. cit*, t. XLVII. nos 1-4; Méan, obs. 293, nos 4-8.
(2) Bacquet, *Droits de just.*, chap. XXX, nos 3 et 4.

régales ou au grand domaine, en ce sens qu'il était aussi hors du commerce et imprescriptible, que le roi en avait plutôt la garde ou l'administration que la propriété véritable.

Une doctrine identique était professée par la plupart des meilleurs auteurs (1).

Il y avait plus, les auteurs disaient même, avec Stockmans, que le prince ne pouvait supprimer la chose publique ou en intervertir l'usage sans l'assentiment de la nation (2).

A plus forte raison était-il admis que les seigneurs, quoique armés du droit de voirie dans leur haute justice, ne pouvaient supprimer ou changer aucun chemin public sans la permission du roi (3)!

73. L'ouvrage de M. De la Mare résume parfaitement les principes de la doctrine dominante, tant pour les grands chemins que pour les chemins vicinaux, dans les termes suivants :

« Faire des ordonnances et des règlements, imposer des droits (sur les grands chemins ou ceux *de traverse*) et avoir la seigneurie publique, ce sont attributs que l'on estime inséparables de l'autorité souveraine et

(1) D'Argentré, *loc. cit.*, art. 54, note 6 ; Cœpolla, *Servit.*, tr. 11, chap. III, nos 17 et suiv.; Chopin, *de doman.*, liv. III, t. IX ; Papon, liv. V, t. X, arrest. 11 ; Valascus, consult. 141 ; etc.

(2) Stockmans, déc. 87, nos 4 et 5 ; Cœpolla, *loc. cit.* ; d'Argentré, *loc. cit.*; Larrea, *alleg. fisc.*, 110, nos 9 et suiv.; etc.

(3) Lapoix de Freminville, *Prat. des terriers*, t. IV, p. 486 et suiv.; De la Mare, *Traité de police*, t. IV, liv. VI, tit. XIII, chap. III, section III, §§ 9 et 10 ; Denisart, *Coll. d'arr.*, vo *Chemins*; Périn, *Dom. publ.*, p. 39 et 46; Dalloz, vo *Voirie par terre*, no 8; Sauveur, *Revue de l'adm.*, t. IV, p. 1031.

dépendants de la police générale du royaume; aussi le plus grand nombre des auteurs regardent le droit de voirie composé de ces parties comme droit royal, différent néanmoins des droits domaniaux, parmi lesquels il ne doit pas être compris, parce que la propriété des rues et des chemins n'étant à personne, quoique la jouissance en soit libre et commune à tous, *le prince ne peut en avoir que la garde et la surintendance;* mais elle lui appartient à cause de sa souveraineté *jure coronæ*, qui lui donne le pouvoir d'en régler l'usage; d'où l'on conclut que le roi est le seul seigneur voyer en France, et que lui seul a droit de faire des règlements généraux pour la police de la voirie.

« Cependant il y en a beaucoup d'une opinion contraire et qui veulent que la police soit attachée à la haute justice; qu'en conséquence de ce droit de police, celui de voirie, qui en fait une partie considérable, lui appartient incontestablement; il semble même que *cela ne fait plus de difficultés*, du moins pour les seigneurs titrés, comme duchés, marquisats, comtés et autres, suivant les décisions nouvelles du conseil du roi et du parlement, dont on rendra compte dans la suite.

« Les hauts justiciers conviennent bien qu'il importe au bon ordre que la propriété des choses publiques *paraisse* résider dans la personne du chef, *pour en être le gardien et le conservateur;* que par cette raison le droit commun répute le roi propriétaire des rues, des grands chemins et des rivières navigables; mais ils prétendent que, par une suite de la même règle, le droit commun répute aussi les seigneurs particuliers proprié-

taires des petites rivières *et des chemins non royaux*, dans l'étendue de leurs terres; ils citent Loysel, qui a donné cette proposition pour une maxime en ces termes : *Les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres.* » On va encore plus loin, et on dit que *la propriété des choses publiques appartenant au fisc*, il s'ensuit que les seigneurs hauts justiciers qui, par des titres de concession ou de confirmation (car toutes les justices viennent également du roi) réunissent en eux tous les droits fiscaux, peuvent aussi exercer sur les rues et sur les chemins du territoire de leurs justices le même droit d'inspection et de police que le roi exerce dans le reste de son royaume; avec cette différence néanmoins que si les seigneurs *à qui les choses publiques ne sont censées appartenir que pour les conserver au public*, n'usaient point de leur droit avec équité et circonspection, le roi *par la supériorité de sa seigneurie viendrait au secours du public*, et lui rendrait les avantages qu'une autorité mal exercée aurait entrepris de lui ravir; que c'est dans ce sens que les seigneurs ont droit d'empêcher, dans l'étendue de leur justice, les entreprises qui se font au préjudice du bien commun, quoiqu'il ne leur soit pas permis d'en faire eux-mêmes, *habent jus prohibendi, non innovandi...*, etc. (1). »

74. En voilà assez, pensons-nous, pour établir : 1° que, sous le régime féodal, le sol des choses publiques est resté d'une manière latente, dans le domaine

(1) DE LA MARE, *Traité de police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. I.

public, dont le prince même n'avait que la haute administration, à titre de droit de souveraineté; qu'il est resté hors du commerce, inaliénable et imprescriptible dans les mains du souverain dépositaire de la puissance publique, soit à titre de biens fiscaux, soit à titre de *regalia*, soit à titre de biens de la couronne incommunicables et incessibles.

2° Que la seule et vraie usurpation des princes et des seigneurs consiste en ce qu'ils se sont permis, contrairement aux vrais principes du droit romain, de faire entrer dans le commerce et d'aliéner à titre privé la possession de tous les usages, impôts et droits utiles que les choses publiques peuvent procurer sans porter atteinte à la propriété du sol et à leur destination; que de pareils droits étaient prescriptibles et transmissibles sous le nom de droits régaliens, de régales mineures, de petits domaines, de *merum imperium vulgare*; que le caractère des concessions féodales offrait donc une espèce de cachet réel et immobilier qui les faisait tomber dans le commerce, *cadens in commercium*.

3° Que toute aliénation du sol des choses publiques et de tous autres objets du grand domaine était essentiellement révocable depuis l'édit de Moulins de 1566.

Ce sont ces règles qui devaient gouverner la France et la Belgique jusqu'au moment suprême de la révolution de 1789, et que nous développerons plus encore au chapitre des Concessions.

75. Passons donc aux lois révolutionnaires, aux lois de la civilisation moderne.

Elles commencèrent par supprimer aussi bien tous

Digitized by Google

les droits féodaux et seigneuriaux que toutes les usurpations faites d'abord par les seigneurs, ensuite par les rois, sur les choses du domaine public (1). Elles anéantirent spécialement tous droits de propriété privée ou de voirie sur les chemins publics (2). Elles abolirent les principes tortueux de l'ère féodale, les remplacèrent par les notions si pures du droit romain sur la propriété des choses publiques, et restituèrent aux concessions leur primitif et véritable caractère personnel.

M. Enjubault, rapporteur du décret du 22 novembre 1790, exposa à l'Assemblée constituante que les anciens droits de la couronne sont les droits de la nation; que les rois en avaient disposé comme de leur domaine, quoiqu'ils n'en fussent que les simples administrateurs; que c'est à cette erreur funeste qu'il faut attribuer les concessions multipliées, les prodigalités ruineuses des anciens rois, malgré leurs édits d'inaliénabilité; que spécialement les choses publiques proprement dites, fleuves, chemins publics, rivages de la mer, etc., étaient la propriété directe de la nation; *que ce domaine souverain ne différait de la puissance publique que comme la cause diffère de son effet; que l'effet naturel de la propriété publique sur ces objets est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété privée.* En conséquence, il proposait d'adopter tous ces principes et de déclarer toutes les concessions anciennes radicalement nulles et les aliénations révocables (3).

(1) L. 4-11 août 1789; L. 15-28 mars 1790; etc.
(2) L. 26 juillet-15 août 1790.
(3) Voy. DALLOZ, v° *Dom. de l'État*, n° 30, note 1.

Le décret du 22 novembre 1790, imbu de ces idées, décida en conséquence : 1° que le domaine public, pris dans la plus large acception du mot, appartenait essentiellement à la nation, dans toute son intégrité et avec ses divers accroissements; 2° que toute concession ou distraction du domaine public est nulle ou révocable, si elle est faite sans le concours de la nation; 3° qu'est également nulle et révoquée toute concession de droits utiles et honorifiques ci-devant appelés *régaliens*, et notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt, comme incommunicables et incessibles.

En outre, tout en déclarant révocables les anciennes concessions féodales sur le domaine, ce décret traça une ligne de démarcation entre le domaine public proprement dit et les autres branches du domaine national. Il ne maintint hors du commerce que les choses publiques proprement dites.

Ce décret fut notamment suivi de la loi du 14 ventôse an VII, qui révoqua la plupart des aliénations de l'ancien domaine de l'État ou de la couronne, postérieures à l'édit de Moulins de février 1566.

76. La loi du 22 novembre au 1er décembre 1790, dont l'art. 538 du code civil n'est que la reproduction presque textuelle, est évidemment la loi organique et constitutive du droit public moderne sur les choses du domaine public.

L'art. 2 de cette loi porte : « Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc., et en général *toutes les*

Digitized by Google

propriétés du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public. »

Et dans ses considérants préliminaires, la loi a soin de proclamer que *le domaine public appartient à la nation; qu'il est la propriété la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre.*

Voilà donc la nature des choses publiques parfaitement établie par des textes formels dans la législation moderne! Elles sont une propriété hors du commerce, non susceptible du domaine privé, mais formant une dépendance du domaine public ou de la nation. Elles ne sont pas *res nullius*; elles ont un maître, et ce maître c'est le domaine public ou, si l'on veut, la nation, l'État, le peuple... toutes ces expressions reproduisent la même idée.

Ainsi, quand la loi déclare que les choses publiques ne sont pas *susceptibles de propriété privée*, ces expressions ne veulent pas impliquer l'idée exclusive d'un droit de propriété quelconque; elles ne tendent pas à les ériger en choses communes ou en *res nullius*. La loi moderne combat, au contraire, cette tendance de la jurisprudence; elle énonce en toutes lettres que les choses publiques appartiennent à la nation, qu'elles sont simplement *res nullius privati*.

Comme nous l'avons vu, De Ghewiet définissait les choses publiques comme étant celles *quæ sunt usu omnium... proprietate nullius*; mais il ajoutait que ces derniers mots ne s'entendaient pourtant *que par rapport*

aux particuliers entre eux. Aussi reconnaissait-il que les choses publiques avaient un maître; que leur *propriété* et leur *juridiction* appartenaient au souverain, qui représentait alors la nation (1)!

77. Gillet, l'orateur au Corps législatif, avait parfaitement compris l'esprit du droit public moderne, lorsqu'il prononça son discours du 10 pluviôse an XII et qu'il fit voter l'art. 644 du code civil, abrogeant l'article 4 du décret des 27 septembre-6 octobre 1791.

Cette dernière disposition légale avait voulu ressusciter sur les rivières publiques les dispositions intégrales du droit romain, y compris son mode particulier d'administration et de police, que nous aurons occasion d'examiner plus loin (n° 146).

Elle partait du principe que nul ne pouvait se prétendre propriétaire exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable. Et en conséquence, elle permettait à tout propriétaire riverain d'y faire des prises d'eau, en vertu du droit commun, sans néanmoins en détourner ni embarrasser les cours d'eau d'une manière nuisible au bien général et à la navigation établie.

Voici en quels termes l'orateur Gillet combattit cette loi :

« Le code rural de 1791 avait permis à tout propriétaire riverain de faire des prises d'eau sur les fleuves et les rivières navigables et flottables, et cela sous ombre que nul ne peut s'en prétendre propriétaire

(1) De Ghewiet, *Instit. droit belg.*, part. II, tit. II, §§ 9, 11 et 12.

exclusif. *On ne sentait pas assez alors que les choses destinées à l'utilité générale ont un véritable propriétaire qui exclut toute occupation individuelle et privée ; et ce propriétaire est le domaine public.* Le projet a très-sagement pourvu à faire respecter désormais un principe que notre législation ancienne avait consacré et dont la suspension momentanée a produit une multitude d'entreprises abusives (1). »

78. Le cortége des lois qui ont accompagné et suivi la loi organique du 22 novembre 1790 est animé du même esprit. Elles reconnaissent toutes aux choses publiques le caractère essentiel et dominant de propriété soit de la nation, soit de la cité. (Nous avons vu qu'en droit politique moderne la commune et la province forment des démembrements de la nation.)

Le décret du 16 octobre 1790 stipule que les hôtels de ville et autres édifices publics continueront *à appartenir aux villes où ils sont situés.*

Le décret des 6-10 juillet 1791 porte que tous les terrains et forteresses formant le domaine public militaire *sont des propriétés nationales.*

Le décret du 9 avril 1811 déclare que les édifices publics servant aux corps judiciaires et administratifs n'ont pas cessé *d'être la propriété de l'État;* mais qu'à l'avenir, la pleine propriété de ces bâtiments sera concédée gratuitement aux départements.

La loi française du 18 juillet 1837, art. 5 et 6, dispose également que les édifices et autres immeubles

(1) LOCRÉ, sur l'art. 644, liv. II, t. IV, p. 2. VII. n° 9.

servant à l'usage public d'une commune ou section de commune réunie *deviennent la propriété* de la commune ou section de commune à laquelle est faite la réunion.

La loi financière du 20 mars 1813 énumère les biens du domaine public municipal des communes exceptés de la cession à la caisse d'amortissement. Et dans la nomenclature de ces sortes de biens, elle cite les églises, les casernes, les hôtels de ville, les salles de spectacle et autres édifices *que possèdent les communes et qui sont affectés à un service public.*

Et nos lois belges des 10 avril 1841 et 1er février 1844 sur la petite voirie rurale et urbaine font assez ressortir le droit implicite de propriété reposant sur le chef de la commune.

Toute œuvre du législateur n'est pas toujours parfaite; et parfois nous le voyons employer des expressions impropres, mais qui ne peuvent prêter à l'équivoque, à côté des grands principes de droit public qu'il a promulgués et que nous venons d'énumérer.

C'est ainsi que dans la loi de décembre 1790, sect. III, art. 3, l'Assemblée constituante chargea l'administration de pourvoir à la conservation des *forêts, rivières, chemins et autres choses communes.* Elle confondait évidemment les choses communes avec les choses publiques (1). Elle substituait le langage usuel au langage juridique; et cette substitution ne doit pas occasionner la moindre surprise, lorsque l'on sait que la loi romaine se servait indifféremment des mots *usus*

(1) Voy. Comte, *Propr.*, chap. XVII.

communis et *usus publicus* pour indiquer le mode de jouissance des différentes espèces de choses publiques. (Voy. nos 36, 51.)

79. M. Gaudry a essayé tout récemment de faire concilier avec le système de la jurisprudence moderne les divers monuments de lois publiques que nous venons de parcourir. Cet essai est malheureux quand on voit l'auteur obligé de faire le procès à la loi elle-même, de soutenir qu'elle a confondu les biens du domaine public national ou municipal avec le domaine de l'État ou avec les propriétés communales ordinaires (1).

Son erreur provient de ce qu'il n'a pas observé que, pris objectivement, le domaine public peut s'entendre dans deux sens différents (nos 30, 31, 39 et 49). Ce domaine implique néanmoins dans les deux sens la propriété de l'État. Soit qu'on l'envisage dans son sens large ou dans son sens étroit, il n'en est pas moins vrai de dire qu'il renferme principalement et par excellence les choses qui, quoique susceptibles d'appropriation, sont mises hors du commerce pour servir aux usages et aux besoins des peuples.

80. La plupart des auteurs se sont inclinés devant un texte aussi positif que celui de la loi moderne. En conséquence, ils attribuent à l'État la propriété des choses publiques *quæ sunt in usu*.

Henrion de Pansey avait été un des premiers à reconnaître le principe en d'autres termes qui se ressentaient encore un peu de l'ère féodale.

(1) Gaudry, *Domaine*, nos 57, 64, 267, 624, 636.

Digitized by Google

A propos de chemins publics, de rues et places publiques, il s'exprime ainsi :

« Ces choses, par une espèce de consécration politique, forment ce qu'on appelle *res publicæ;* aucun particulier n'en peut prétendre la propriété; cette propriété appartient donc à la puissance dépositaire des droits de la société, c'est-à-dire à la seigneurie publique. Mais ce qui appartient essentiellement à la seigneurie publique est hors du commerce, et par conséquent imprescriptible (1). »

Les jurisconsultes qui suivirent adoptèrent le même avis; seulement ils substituèrent l'État à la seigneurie publique, qui n'est pas autre chose que la nation dans l'esprit de nos nouvelles institutions politiques (2).

La première condition, dit fort bien Pardessus, *pour qu'une chose fasse partie du domaine public, est qu'elle appartienne à l'État* (3).

Ces idées passèrent dans la jurisprudence et spécialement dans la jurisprudence belge.

Dans des conclusions lumineuses prises en 1853 devant la cour de cassation belge, M. Leclercq, notre savant procureur général, exposait qu'il n'existait qu'un seul domaine propre à la nation; que ce domaine comprenait diverses branches appelées domaine public, domaine de l'État, domaine national; que ces dénomi-

(1) Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XLIV.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Dom. publ.*, prélim., et § 3, n° 1; Curasson, *Compét. poss.*, sect. III, n° 7; Pardessus, *Servit.*, n°s 35 et suiv.; Troplong, *Prescr.*, n°s 144 et 145, note 9; Comte, *Propr.*, chap. V; Tielemans, v° *Domaine*, p. 243; etc.

(3) Pardessus, *Servit.*, n° 47 *in fine*.

nations avaient toutes la même signification, en ce sens qu'elles étaient toutes, au même titre et au même degré, *la propriété de la nation;* qu'elles comportaient toutes un même droit civil, le domaine de propriété reposant sur le chef de la personne civile de l'État. Il ajoutait que l'unique différence existant entre elles consistait dans la destination donnée à quelques-unes d'elles pour un service public déterminé; qu'il n'en dérivait d'autre conséquence que l'imprescriptibilité de ces choses durant leur destination; mais que ni cette conséquence, ni la différence dont elle dérivait n'en changeait aucunement la nature (1).

Ces conclusions furent à juste titre adoptées par la cour de cassation de Belgique et par la cour d'appel de Gand, qui décidèrent par conséquent que les minerais de fer gisants sous une route publique sont la propriété et la possession unique de l'État (2).

81. Malheureusement, lorsqu'il s'est agi surtout de cimetières publics, M. Leclercq et les cours belges adoptèrent un nouveau système, précédemment admis par la cour de cassation de France.

On décida que ces choses publiques n'appartenaient *propriétairement* à personne, pas même à l'État municipal; qu'elles consistaient en pures abstractions, tant que durait leur destination publique; qu'elles se composaient uniquement d'un ensemble de droits d'administration publique ou de police; que l'idée de propriété

(1) *Pas. B.*, 1853. I, 245.

(2) Arr. cass. B., 5 février 1853 (*Pas. B.*, 1853, I, 237); arr. Gand, 8 août 1856 (*Pas. B.*, 1857. II, 261).

et de possession était complétement absorbée par celle des services publics qui affectent la chose. Le droit de propriété, a-t-on ajouté, est vinculé à tel point qu'il n'en reste absolument rien, pas même la possession; qu'il ne se révèle qu'éventuellement par une expectative de droit réel, lorsque la destination publique de la chose aura cessé; qu'en attendant cette éventualité, tout ce qui se fait et se perçoit sur la chose n'est qu'un attribut, qu'un effet du droit de police.

Par voie de conséquence, il fut admis que l'État municipal n'était pas recevable à intenter les actions possessoires en matière de cimetières publics, et que le prix des concessions ne lui appartenait qu'à raison du service public, et abstraction faite de toute idée de propriété (1).

Nous avons vu aussi que la jurisprudence avait introduit les mêmes idées dans le domaine des rivages de la mer et des chemins vicinaux. (Voy. nos 13 et 32.)

A quoi attribuer ce revirement de la jurisprudence, si ce n'est à l'école de Proudhon qui vient de surgir, et qui fait impitoyablement la guerre à l'État (2) ?

Toutefois la jurisprudence déborde même la doctrine de Proudhon. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, Proudhon remplaçait du moins l'État par une autre personne fictive qu'il appelait le public, et au

(1) Arr. cass. B., 14 février 1862 (*Pas. B.*, 1862, I, 104); arr. cass. B., 27 février 1864 (*Pas. B.*, 1864, I, 117); arr. Bruxelles, 27 juillet 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 368); arr. cass. Fr., 10 janvier 1844 (Sirey, 1844, I, 120).

(2) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 47 et 202; Dalloz, *Rép.*, vo *Dom. publ.*; Gaudry, *Domaine*, nos 58, 242 et 624.

nom duquel l'administration pouvait intenter les actions possessoires et pétitoires, revendiquer et prescrire (1). (Voy. n° 32.)

82. La jurisprudence réfléchira...; elle ne pourra jamais parvenir à effacer le droit de propriété, qui gouverne au moins la nature de la chose publique, si elle n'en gouverne pas l'usage... ; l'histoire du droit et la législation sont là pour l'établir d'une façon indiscutable.

N'est-ce donc pas à cause du droit de propriété que l'État peut jouir du droit d'accession, des droits de voisinage dits servitudes légales, qu'il peut exploiter tous minerais gisants sous le sol de la chose publique?

N'est-ce pas à cause du droit de propriété que nos lois accordent à l'État le pouvoir de revendiquer, de posséder et de prescrire acquisitivement les choses publiques ?

N'est-ce pas à cause de ce droit qu'il peut s'approprier tous trésors découverts, tous les revenus ou produits utiles que la chose publique est capable de produire, indépendamment des services spéciaux auxquels elle est destinée, tels que récoltes, plantations, pêche, chasse, prix de concessions, etc.? (Nous verrons que le droit de concéder puise sa source directe dans les pouvoirs publics de l'administration; mais nous verrons aussi qu'il a sa cause éloignée et légitime, *fundamentum remotum*, dans le droit de propriété souveraine.)

N'est-ce pas également à cause du droit de propriété que les choses du domaine public restent de plein droit

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, n°s 202, 231, 238 et 625.

dans le domaine de l'État, dès que leur destination civile a cessé?

N'est-ce pas enfin le droit de propriété souveraine qui seul explique la création des usages publics sur la chose, et l'étendue de la puissance publique qui les administre?

Tous ces droits et ces effets ne se comprennent guère dans le système de Proudhon et de ses adeptes, qui en donnent une explication bien embarrassée. Mais ils se conçoivent très-aisément dès que l'on rentre dans les vrais principes, dès que l'on reconnaît avec Troplong que le droit de l'État ne se restreint pas (comme dans les choses communes) à une action de surveillance et de police, *qu'il y a quelque chose de plus qui se combine avec elle, le droit de propriété* (1). (Voy. n° 51.)

83. Ce qu'il y a de plus remarquable dans le domaine public proprement dit, c'est que son administration et son usage n'offrent rien de commun avec les règles ordinaires de la propriété.

Cette observation a suffi pour entraîner Proudhon à distinguer le *domaine* de la *propriété*, et à constituer celle-ci et le domaine public en sous-genres bien distincts du domaine en général (2).

Nous répondrons que c'est là une erreur, que le domaine et la propriété sont deux expressions juridiques parfaitement synonymes. Elles révèlent toutes deux la même idée de puissance absolue de l'homme ou de la

(1) Troplong, *Prescr.*, n° 145, note 9.
(2) Proudhon, *Dom. publ.*, n°s 46 et 47.

Digitized by Google

société sur les choses soumises à son pouvoir. Il existe seulement deux espèces de propriété ou de domaine, selon leur usage qui diffère : 1° le domaine privé ou la propriété ordinaire ; 2° le domaine public ou la propriété publique comprise *sensu stricto*.

Le premier ne comporte qu'une puissance privée; le second comporte une puissance souveraine.

Le domaine privé s'exerce d'une manière privative (*in pecuniâ*) et selon les seules règles du code civil.

Le domaine public s'exerce presque toujours en usages publics (*in usu publico*). Pour gouverner et assurer une telle destination, il fallait nécessairement le mettre hors du commerce, remplacer les règles du droit civil qui devenaient inutiles et dangereuses par d'autres règles spéciales de droit public et administratif, et sanctionner le tout par des peines de police.

Nous avons amplement développé ces principes dans notre *Traité de la Possession*. Et nous avons fait remarquer plus d'une fois comment, en matière de domaine public, l'élément de la propriété ou l'action *économique* de l'État vient souvent se révéler à côté de l'élément public ou de l'action *gouvernementale*. Le droit public gouverne exclusivement l'usage et l'administration de ce domaine; il établit les rapports qui doivent exister entre l'État et les particuliers. Mais la destination de la chose publique n'en change pas la nature, complétement étrangère à la matière du droit public. Cette nature consiste en un droit de propriété subissant les principes fondamentaux et communs à toute espèce de propriété. Il est de ces éléments essentiels et constitu-

Digitized by Google

tifs du droit de propriété dont le domaine public ne peut s'affranchir, et qui ne trouvent leur raison d'être que dans les maximes élémentaires du droit commun (1).

Dans notre dernier chapitre, nous signalerons plusieurs caractères des choses publiques qui ne trouvent leur explication que dans le droit de propriété.

84. Les choses publiques ne sont d'ailleurs pas les seules où l'on trouve un mélange des deux droits. Le moyen âge nous en fournit encore un exemple avec les bois des particuliers.

« Les prés, vignes et terres, disait Saint-Yon, sont de droit particulier, tellement qu'un chacun seigneur en peut user comme bon lui semble; mais les bois sont *juris publici* (2). »

L'ordonnance de 1669, les arrêts du conseil des 9 décembre 1703 et 16 mai 1724 avaient soumis les bois des particuliers, quant à leur exploitation, aux mêmes règles que celles prescrites pour les forêts de l'État; il était interdit de les arracher pour les convertir en terres arables, par des motifs d'intérêt public.

Les bois des particuliers étaient donc régis par le droit public et administratif, quant à leur exploitation. Mais ils restaient toutefois soumis aux règles du droit privé ordinaire, quant à leur nature et à leur transmission (3).

85. C'est précisément à cause du double élément

(1) Mon *Traité de la Possession*, nos 365 et suiv.
(2) Fréminville, t. III, p. 216.
(3) Comte, *Propr.*, chap. XV.

dont se compose le domaine public, que le droit de propriété de l'État existe et qu'il doit exister (1).

L'élément public a besoin de l'élément privé, sans lequel il ne peut fonctionner et se constituer légalement. La propriété du sol est nécessaire à l'État; elle est la première condition constitutive du domaine public (2).

Enjubault l'a déclaré : « La propriété publique attire et confond en elle la propriété privée. » (Voy. n° 42.)

Le sol des choses publiques doit être public aussi, et il est impossible de détacher les usages publics de la propriété du sol, comme on cherche aujourd'hui à le faire admettre à propos de cimetières.

Nous ne proclamons pas une vérité nouvelle ; c'est là une maxime aussi vieille que l'existence des chemins publics et des rivières navigables, qui forment les objets principaux du domaine public.

Cette vérité était déjà révélée par le droit romain. On entend par voirie publique, disait-il, celle dont le sol est public aussi, *cujus solum publicum est*, à la différence des chemins privés dont le sol peut appartenir à autrui, *solum alienum est* (3).

Et quand il s'agit de fleuves, le même droit nous enseigne qu'il est impossible que le lit d'une rivière publique ne soit pas également public, *impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus* (4).

La loi romaine ajoute que le nouveau lit que la

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, n° 380.
(2) Pardessus, *Servit.*, 47 *in fine*.
(3) L. 2, § 21, D., 43, 8.
(4) L. 1, § 7, D., 43, 12.

Digitized by Google

rivière publique s'est formé commence aussitôt à devenir public, alors même que le fonds fût antérieurement de nature privée, appartînt à un particulier (1) ; qu'également un canal devient aussitôt public, dès qu'il sert à l'écoulement d'une rivière publique; et qu'un pont qui relie les deux rives d'un grand fleuve est nécessairement public, fût-il même construit par le propriétaire riverain (2).

Cœpolla appelle voie publique celle dont le chemin est public, *cujus solum est publicum* (3).

Méan applique les mêmes principes à la Meuse (4).

Et Sohet enseigne que le nouveau canal d'une rivière formé sur l'héritage d'un particulier devient *public* et appartient au prince ou à celui auquel la rivière appartient (5).

Pardessus a donc parfaitement raison d'enseigner « que la première condition pour qu'une chose fasse partie du domaine public *est qu'elle appartienne à l'État* (6). »

Et M. Comte est également dans le vrai lorsqu'il dit : « Tant que la chose est destinée aux usages publics, le sol est *public et appartient ainsi nécessairement à l'État.*

« Quand elle cesse sa destination, la chose rentre naturellement dans le domaine ordinaire de l'État.

(1) L. 1, § 7, D., 43, 12.
(2) L. 1, § 8, D., 43, 12 ; L. ult., D., *de flum.*
(3) Cœpolla, *Servit.*, tr. 2, chap. III, nos 17 et 19.
(4) Méan, obs. 293, no 3.
(5) Sohet, *Instit. belg.*, liv. II, tit. XLVII, no 4.
(6) Pardessus, *Servit.*, no 47.

Digitized by Google

« Mais il peut se faire que la nation en ait disposé autrement par son pouvoir législatif. Comme propriétaire, elle a pu attribuer à d'autres la propriété du sol après la cessation de l'usage public. Il ne faut pas en tirer la conséquence qu'avant la suppression, le sol n'appartenait pas à l'État (1). »

Nous avons conclu de là que chaque fois qu'il s'agit d'établir ou d'agrandir une chose publique sur le sol d'un particulier, il y a lieu, pour l'État, d'acquérir la propriété de ce sol, soit par la voie de l'expropriation, soit par celle de la prescription. (Voy. nos 17-20.)

86. Quelle est la raison fondamentale de ces principes? Elle est simple et facile à saisir. Sans la propriété du sol, il serait impossible à l'État de disposer de la chose d'une manière aussi absolue qu'il le fait lorsqu'il en consacre l'usage aux besoins des citoyens et qu'il la séquestre complétement en la retirant du commerce.

Il faut convenir que cette destination n'offre aucune espèce de comparaison avec l'exercice d'une servitude possible sur le fonds d'autrui. La servitude est une simple charge imposée au profit d'un fonds sur un autre fonds resté dans le commerce, et *salvâ substantiâ rei*. Ici, au contraire, il ne s'agit pas d'une simple charge, mais bien souvent de l'absorption complète de la substance de la chose par l'usage, les concessions et les impôts. Il ne s'agit pas de biens dominants et servants; il s'agit de simples droits personnels accordés

(1) Comte, *Propr.*, chap. XXI.

par l'État à tous et à chacun de ses membres, propriétaires ou non. Il ne s'agit pas de biens commerçables; il s'agit de choses mises *extra commercium* et dont l'usage se règle exclusivement par le droit public (1).

Pour notre part, nous ne trouvons rien de plus absurde en droit que cette idée d'un domaine public dont la propriété du sol ne reposerait pas sur le chef de l'État. Quel serait donc le sort du propriétaire du sol? Ce serait un sort fort singulier et bien pitoyable, aboutissant à l'impuissance de posséder et de disposer, à la seule perspective de rentrer un jour dans la plénitude de ses droits, lorsque l'État aura jugé à propos de faire cesser la destination publique de la chose!

Cela n'est pas sérieux, pas plus en matière de cimetières qu'en toute autre matière du domaine public général ou municipal. Ainsi que le dit et l'enseigne Proudhon lui-même en thèse générale, si l'État (qu'il appelle le public) s'est emparé d'un sol qui ne lui appartenait pas pour constituer le domaine public, il devait exproprier l'immeuble pour cause d'utilité publique; et s'il ne l'a pas fait, il a pu acquérir la maîtrise du sol par voie de prescription (2). (Voy. nos 17-20.)

87. D'un autre côté, il est impossible de concevoir qu'un autre propriétaire, moins puissant que l'État, puisse se réserver la propriété du sol en le mettant hors du commerce, et l'ériger en chose imprescriptible du domaine public. Ce pouvoir n'appartient qu'à la

(1) *Sic* Proudhon, *Dom. publ.*, nos 238, 631, 632; Gaudry, *Dom.*, no 242; Pardessus, *Servit.*, no 40.

(2) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 238, 322.

puissance publique, qu'à la société elle-même se subdivisant, dans nos institutions politiques modernes, en trois démembrements que l'on appelle l'État général, la province ou la commune. Il n'y a que ces trois grands corps de l'État qui représentent la société *generaliter*, qui soient armés de la puissance publique et du droit de souveraineté, qui soient capables de posséder et d'administrer les choses du domaine public (1).

La volonté de tout autre corps moral ou d'un particulier est tout à fait impuissante, car ils ne possèdent aucune délégation des pouvoirs publics de la nation. Ils ne peuvent que transmettre la propriété de leur chose au domaine public.

« Mais consacrer légalement à la domanialité publique un édifice ou un fonds et conserver tout ou partie de ses droits de propriété, dit Gaudry, ce serait se mettre en contradiction avec la destination de la chose. Cela est si vrai que l'article du décret du 31 octobre 1809 ne permet au fondateur d'une église que de se réserver un banc dans l'église. Cette faveur exceptionnelle ne compromet en rien l'ensemble de la propriété et prouve que, dans tous les cas, l'église elle-même est acquise irrévocablement au domaine public communal (2). »

Dunod, d'Argentré et Troplong enseignent les mêmes principes. Ils professent qu'aucun particulier ne peut se substituer à la loi ; qu'à elle seule appartient le droit

(1) De Brouckere et Tielemans, v° *Fabriques d'église*, p. 290.
(2) Gaudry, *Domaine*, n° 642.

de placer une chose hors du commerce et de la rendre imprescriptible (1).

D'Argentré s'exprime de la manière suivante :

« *Nego contractu, testamento, vel ullâ privatâ juris aut commercii potestate, publici juris rim impediri posse, quoad extraneos quidem, si non eorum acquisitionibus interceditur;* ILLAMQUE SOLIUS LEGIS ET CONSUETUDINIS POTESTATEM ESSE PUTO; *idque demùm si publica et legalis et universalis sit prohibitionis causa.* »

D'ailleurs ces principes résultent de la loi romaine elle-même, qui nous enseigne qu'un riverain ne peut conserver la propriété privée d'un pont qu'il aurait érigé sur un fleuve public, *pontem privati juris facere non potest* (2).

88. M. Championnière objecte que des choses peuvent être publiques quant à l'usage, mais privées quant à la propriété; et il cite pour exemple les rives d'un fleuve public (3).

Nous avons établi ailleurs que l'usage de ces rives n'offre rien de commun avec les usages ordinaires des biens constituant le domaine public; que cet usage se limite au simple droit de passage pour les nécessités de la navigation; qu'à part cette limitation, la rive reste une propriété privée ordinaire; que le chemin de halage n'est pas même, au fond, un véritable droit de servitude; qu'il fait partie des droits limitatifs de voi-

(1) DUNOD, *Prescr.*, p. 80; D'ARGENTRÉ, sur Bretagne, art. 266, chap. XXV, n° 9; TROPLONG. *Prescr.*, n° 175.

(2) L. ult., D., *de flumin.*

(3) CHAMPIONNIÈRE, *Propr. des eaux courantes*, n° 27.

sinage et de communauté dont il s'agit dans le chapitre du code civil qui le renferme; qu'il n'est qu'un de ces nombreux droits légaux et personnels compris dans le droit de propriété, auquel il est attaché et avec lequel il se possède; que ce droit fait partie intégrante de la propriété publique des rivières, comme le droit de passage pour cause d'enclave fait partie de la propriété du fonds enclavé (1). (Voy. n° 210.)

89. On objecte aussi que le public peut, en général, jouir d'une simple servitude de passage aussi bien que d'un véritable chemin public, *cujus solum publicum est.*

Cela est parfaitement exact : l'État général ou municipal peut ne posséder qu'un simple droit de servitude de passage sur le fonds d'un particulier. Ces droits réels font partie des choses du domaine de l'État; et même l'art. 1er du décret du 22 novembre 1790 les comprenait virtuellement parmi les biens du domaine national s'appliquant, selon cette disposition, tant aux propriétés foncières qu'à tous droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation.

Mais, à coup sûr, de pareils droits réels ne font pas partie et ne peuvent jamais faire partie du domaine public proprement dit. L'art. 2 du même décret a soin de ne pas les faire figurer parmi les biens de cette dernière catégorie, qui ne peuvent comporter que des propriétés foncières.

Rappelons-nous toujours les paroles remarquables de son rapporteur, M. Enjubault : « L'effet naturel de

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, nos 417 et 418.

Digitized by Google

la propriété publique est d'attirer et de confondre en elle-même la propriété privée. »

On doit donc écarter la distinction imaginée contre la publicité *quoad usum* et celle *quoad solum*. (N° 102.)

Comme le dit très-bien Pardessus, ces espèces de passage ne jouissent pas des immunités et des priviléges du domaine public ; elles ne sont pas des *propriétés publiques*; le fonds reste aliénable et prescriptible (1).

Il faut même aller plus loin que cet auteur, qui enseigne toutefois, fort mal à propos, que la servitude seule est inaliénable et imprescriptible. Il faut dire, pour être logique, que la servitude aussi bien que le fonds restent placés dans le commerce, parfaitement aliénables et prescriptibles, comme tout autre bien patrimonial, qui ne tombe pas dans la classe exceptionnelle et privilégiée des choses publiques; qu'elle est soumise aux règles générales des servitudes de passage, et notamment à la prohibition de l'art. 691 du code civil (2).

90. Naguère en Belgique, lors de la discussion de la loi vicinale du 10 avril 1841, quelques représentants ont tout fait pour inoculer dans cette loi le faux principe que de simples servitudes de passage au profit d'une commune peuvent être assimilées aux voies vicinales. Et c'est en se basant sur les discours de ces orateurs que MM. Sauveur et Delebecque insinuent

(1) PARDESSUS, *Servit.*, n° 47 pr.

(2) TIELEMANS, *Dr. adm.*, v° *Chemin privé;* ISAMBERT, *Voirie*, n°s 252 et suiv.; PARDESSUS, *Servit.*, n° 216; GARNIER, *Chemin*, 3e p. ; SAUVEUR, *Revue de dr. adm.*, t. II, p. 1023, et les arrêts belges y cités.

abusivement que l'esprit de la loi est resté pénétré de la vérité d'une semblable thèse (1). Mais c'est précisément, et fort heureusement, un principe diamétralement opposé que la majorité des chambres belges a voulu consacrer.

Le rapport de la section centrale a parfaitement distingué les chemins vicinaux des servitudes et des simples sentiers ; il a abandonné à l'administration le soin de dresser des plans et des tableaux « qui, dit-il, indiqueront les chemins *qui sont véritablement vicinaux*, ceux qui ne sont que des servitudes, ceux qui ne sont que des sentiers (2). »

En outre, ce rapport constate que la loi n'a pas même voulu présenter la définition légale des chemins vicinaux, de crainte de donner lieu à trop de discussions et de procès ; qu'elle a préféré abandonner toute appréciation de nature et de qualité des chemins au pouvoir administratif, sous réserve des réclamations des intéressés (3).

Les discussions n'ont nullement altéré cet esprit général de la loi. Et pour le prouver, il suffit de rappeler l'échec subi par deux amendements présentés sur l'article 12 de la loi susdite. M. le ministre de Theux avait d'abord présenté un amendement tendant à faire déclarer *vicinales et imprescriptibles les simples servitudes de passage*, contrairement à l'art. 706 du code

(1) SAUVEUR, *Loi vicin.*, nos 3, 75 et 281 ; DELEBECQUE, *Loi vicin.*, n° 80.

(2) DELEBECQUE, *Comm. loi vicin.*, n° 10.

(3) DELEBECQUE, *loc. cit.*, n° 9.

civil (1). M. Delebecque constate dans son Commentaire l'insuccès définitif de cet amendement; mais il l'attribue aux discours de quelques orateurs qui faisaient observer qu'à leur avis de pareilles servitudes étaient comprises virtuellement sous l'expression de *chemins vicinaux* (2). C'est là une appréciation toute personnelle de l'auteur, que nous ne pouvons partager. A nos yeux, il est évident que c'est le rapport de la section centrale qui a fait échouer l'amendement du ministre de Theux, repris ensuite par M. Liedts; et ce rapport estimait qu'il n'y avait aucune nécessité de déranger l'économie de la loi, que si une servitude de passage était réellement utile à la commune, on ne parviendrait jamais à en empêcher l'usage pendant un temps aussi long que celui de trente ans, requis par l'article 706 du code civil pour la prescription extinctive de la servitude (3).

En second lieu, la section centrale produisit à son tour un amendement tendant à faire déclarer de pareilles servitudes de passage prescriptibles au profit des communes, à l'instar des chemins vicinaux. Cet amendement eut le sort qu'il méritait : il fut rejeté sur les observations de MM. d'Huart, de Garcia et Verhaegen, qui signalèrent l'inutilité et le danger de déroger, au profit des communes, au principe si sage de l'art. 691 du code civil (4).

Nous réfuterons également plus loin le même sys-

(1) Delebecque, *Comm. loi vicin.*, nos 74 et suiv.
(2) Delebecque, *loc. cit.*, n° 80.
(3) Delebecque, *loc. cit.*, n° 75.
(4) Delebecque, *loc. cit.*, n° 81.

Digitized by Google

tème qui consiste à représenter certains canaux publics comme de véritables servitudes constituées sur le sol des particuliers. (Voy. nos 179-184.)

91. Il est assez curieux d'étudier la manière ingénieuse dont on s'y est pris pour arriver à la suppression de l'élément économique, à la négation des droits de possession et de propriété de l'État dans le domaine des choses publiques.

Comme la jouissance de ces choses consiste principalement en usages abandonnés aux membres de la société, le droit de l'État put aisément s'effacer devant celui des particuliers; on le considéra même comme un nouvel usurpateur.

Proudhon commença par distinguer l'État du public, notamment sous le prétexte que le public se compose de personnes même étrangères à la nation, et qui ne sont nullement exclues de la participation aux droits d'usage (1).

Après avoir énoncé en toutes lettres que le domaine public *n'appartenait à personne* (2), il finit par lui trouver un maître, non pas l'État, mais le public, seul et vrai possesseur légitime du fonds, pouvant même au besoin prescrire (3).

Il n'accorde au gouvernement de l'État qu'une espèce de possessoire de protection; il lui refuse le possessoire de la propriété.

L'État a néanmoins le pouvoir d'agir au possessoire

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 202, 330, 350.
(2) Proudhon, *loc. cit.*, nos 47, 203, 204, etc.
(3) Proudhon, *loc. cit.*, n° 202.

Digitized by Google

ou au pétitoire, soit comme demandeur, soit comme défendeur; mais il ne peut le faire *qu'au nom du public* (1). (Voy. n° 32.)

Il ne suffisait pas d'énoncer ce prétendu droit du public indépendant de l'État; il fallait le qualifier.

Grand fut l'embarras de Proudhon et de ses sectateurs!

Tantôt il l'appelait un droit d'usage ou de servitude personnelle (2), tantôt une véritable possession légitime, une propriété exercée à titre de maître (3).

Dans tous les cas, il soutint énergiquement que ce droit ne consistait pas en une servitude réelle, en un droit incorporel exercé sur le fonds d'autrui; et Gaudry, après lui, appliqua à cette thèse la règle : *res sua nemini servit* (4).

Cependant plusieurs décisions judiciaires et administratives sont allées beaucoup plus loin. Elles représentèrent pendant quelque temps le domaine public comme une espèce de servitude réelle absorbant toute l'utilité de la chose au profit du public, vinculant et paralysant entièrement l'exercice de la possession et de la propriété.

C'était beaucoup trop encore... Aujourd'hui, de chute en chute, le domaine public se trouve réduit à une chose hors du commerce, *abstraite, sui generis*, indéfi-

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, n°s 231 et 625.
(2) Proudhon, *loc. cit.*, n° 16.
(3) Proudhon, *loc. cit.*, n°s 238 et 625; Proudhon, *Propr.*, n° 817.
(4) Proudhon, *loc. cit.*, n°s 238, 631, 632; Gaudry, *Domaine*, n° 242. *Sic* Pardessus, *Servit.*, n° 40.

nissable, ne se composant que de l'ensemble des droits publics ou des droits de police!

92. Nos lecteurs auront déjà sans doute découvert le vice primitif d'un pareil système.

Il faut écarter cette distinction oiseuse faite entre le public et l'État.

« Comment voir dans le public, observait très-bien M. le procureur général Leclercq, un propriétaire distinct de l'État? Le public, dit-on, c'est tout le monde, ce sont tous ceux qui, en dehors du corps de l'État, usent des choses du domaine public. Mais entre chaque individualité et les droits qui s'y rattachent, d'une part, et la personne civile de l'État, d'autre part, il n'y a point place pour une troisième personne représentant le public, représentant ce qu'on appelle tout le monde, et capable d'acquérir, *de posséder* et d'exercer des droits civils. Il faut choisir entre l'individu et l'État; et comme l'individu, on doit le reconnaître, ne peut revendiquer sur ces choses un droit de propriété quelconque, force est bien de la voir sur le chef de l'État, qui en effet n'est autre que la personnification de tout le monde, et par suite est le véritable, l'*unique propriétaire* de ce dont on prétend faire l'objet d'un domaine distinct, comme il est le propriétaire du domaine national (1). »

Ainsi, l'État n'est pas, à l'instar du gouvernement ou du roi, un simple mandataire et conservateur du bien du public, comme le soutient l'école de Proudhon (2).

(1) *Pas. B.*, 1853, I, 245.
(2) PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 46, 47 et 350; GAUDRY, *Dom.*, n° 58.

que la loi est d'ailleurs parfaitement libre de lui retirer ; et c'est précisément un des caractères essentiels qui, comme nous l'avons vu, distinguent les choses publiques des choses communes. (Voy. n° 41.)

Sur ce point, notre législation ne présente pas la moindre innovation. Si l'étranger, dit Vinnius, use des choses publiques, c'est avec la permission de la société, *si alii utantur, id permissu civitatis fit* (1).

Cœpolla fait observer que les souverains peuvent interdire aux étrangers, aussi bien qu'à leurs sujets, la fréquentation des lieux publics ; mais, dit-il, quand les étrangers sont venus sur le territoire d'une nation, ils sont comme le reste du peuple, *sunt sicut reliquus populus*, et il est contraire au droit naturel et au bien public de les expulser, *esset contra naturalem æquitatem, et bonum publicum, si expellantur* (2).

SECTION II.

DES CHOSES DIVERSES APPARTENANT AU DOMAINE PUBLIC.

94. Dans le livre V de notre *Traité de la Possession*, nous avons énuméré et analysé les choses appartenant au grand domaine et au petit domaine public... Nous n'avons donc pas l'intention de recommencer ici cette partie intéressante de la matière.

Nous signalerons toutefois une observation générale fort importante. Il ne faut comprendre parmi les cho-

(1) VINNIUS, *Instit.*, liv. II, t. 1er, p. 162.
(2) CŒPOLLA, *Servit.*, tr. II, chap. III, n° 19 *in fine*.

ses du domaine public que celles que la loi a positivement placées dans cette catégorie, soit par une disposition expresse, soit par une disposition implicite, telle que leur mise hors du commerce ou leur imprescriptibilité absolue.

L'art. 538 du code civil déclare bien généralement qu'il range parmi le domaine public *toutes choses non susceptibles de propriété privée*. Cette disposition veut simplement énoncer par là qu'elle n'a rien de limitatif, qu'il existe d'autres choses publiques que celles qu'elle énumère. Mais toujours est-il que l'on ne peut procéder par simple analogie, et qu'il faut nécessairement une loi quelconque qui décrète la publicité de la chose pour la placer au nombre des *res publicæ quæ sunt in usu publico!*

Cela se conçoit parfaitement. En thèse générale, toutes les choses susceptibles d'appropriation sont dans le commerce et rentrent dans la catégorie des choses privées. Il faut donc une disposition législative exceptionnelle pour les faire sortir du droit commun et les placer sous l'égide du droit public.

Il ne suffit pas qu'une chose puisse offrir un usage public ou commun; les choses communes, les chemins et biens communaux en forment une preuve bien palpable.

Il est même des choses publiques dont l'usage n'offre rien ou presque rien de commun, comme cela se voit en matière de mines, de domaine public militaire ou d'édifices publics.

Il faut avant tout que la chose soit d'une nature que

la loi qualifie de *publique* ou met hors du commerce, et que l'État puisse posséder ou prescrire comme telle.

95. Ainsi, il est parfaitement exact de compter au nombre des objets du grand domaine public :

1° Les choses énumérées dans les art. 538 et 540 du code civil, les chemins, routes et rues à charge de l'État, les fleuves navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, havres et rades, les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre ou forteresses ;

2° Les mines concessibles, que la loi du 21 avril 1810 a placées expressément hors du commerce avant leur concession;

3° Les chemins de fer nationaux, que nos lois modernes considèrent à juste titre comme faisant partie intégrante de la grande voirie;

4° Les canaux de navigation intérieure, que la législation assimile aux rivières navigables, conformément à la raison et au prescrit de la loi romaine (L. 1, § 8, D., 43, 12; loi du 18 floréal an x; arrêté du 30 frimaire an xi; décret du 12 novembre 1811).

96. Il est encore parfaitement juste d'appliquer au petit domaine public provincial ou municipal : 1° les chemins publics, routes, rues et promenades publiques qui ne sont pas à charge de l'État général, et qui forment l'objet de la petite voirie rurale ou urbaine, aux termes du décret du 22 novembre 1790 et des nouvelles lois vicinales qui les proclament imprescriptibles de la part des particuliers, de la loi belge du 1er février 1844, ainsi que du décret des 26 juillet-15 août 1790 qui les

déclare non susceptibles de tout droit de propriété ou de voirie des particuliers, des lois des 6 octobre 1790, 28 août-14 septembre 1792, 10-11 juin 1793, 10 frimaire an II, 11 frimaire an VII, arrêté consulaire du 24 vendémiaire an XI, et des déclarations explicites de MM. Treilhard et Regnaud lors des discussions sur l'art. 538 du code civil;

2° Les édifices publics, hôtels de ville, salles de spectacle, palais de justice, etc., en vertu de la loi du 20 mars 1813, de la déclaration formelle du rapporteur Treilhard sur les art. 537 et 538 du code civil, de la combinaison des lois des 16 octobre 1790 et 10 juin 1793, qui rangent les édifices publics parmi les propriétés communales distinctes des biens communaux ordinaires;

3° Les églises publiques, paroissiales ou cathédrales, aux termes de ces derniers monuments législatifs, des avis du conseil d'État des 3 nivôse et 2 pluviôse an XIII; de la loi des 16-24 août 1790, titre XI, qui assimile les églises aux autres lieux publics; de la loi du 18 mai 1806 qui, en conséquence, proclame la publicité des églises;

4° Les cimetières publics, en vertu de l'art. 9 de la loi des 6-15 mai 1791, déclarant qu'ils ne peuvent être mis dans le commerce que dix ans après les dernières inhumations; du décret du 23 prairial an XII.

Mais, en l'absence de toute loi, il serait complétement inexact d'appeler *publics* les cours d'eau non navigables ni flottables ou les chemins communaux et ruraux non vicinalisés, ou les simples servitudes de passage constituées au profit des communes.

97. Parmi les principales choses du domaine public communal, nous avons placé les chemins *publics* qui n'appartiennent pas à l'État général.

Depuis les nouvelles lois vicinales belge et française, il est assez généralement admis aujourd'hui qu'indépendamment de la voirie urbaine, le caractère de *petit chemin public* ne peut plus être accordé qu'aux *chemins vicinaux* reconnus et maintenus comme tels; que les anciens chemins classés sur les états administratifs des chemins publics d'une commune doivent être déclarés avoir perdu leur destination si, depuis cette loi, aucun classement administratif n'est intervenu pour leur imprimer le caractère de chemins vicinaux; que la loi sur les chemins vicinaux, en déclarant imprescriptibles les chemins vicinaux reconnus et maintenus comme tels, laisse sous l'empire du droit commun, en matière de prescription, les chemins communaux non classés (1).

98. Toutefois, la loi vicinale belge du 10 avril 1841 réserve les droits qui auraient pu être antérieurement acquis, et laisse ainsi tout entière la question de propriété des anciens chemins vicinaux ou des petits chemins publics ruraux.

Force nous est donc de remonter à l'ancien droit, au droit romain et au droit intermédiaire pour traiter cette question.

En droit romain, y avait-il des chemins vicinaux privés?

(1) Arr. Bordeaux, 13 novembre 1852 (Dalloz, 1855, 2, 26); arr. cass. Fr., 20 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 196); *id.*, 24 juin 1856 (Dalloz, 1857, 1, 91); *id.*, 26 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 72); *id.*, 17 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 370, et la note).

Quelques auteurs et la nouvelle jurisprudence belge répondent affirmativement (1).

Cette opinion se fonde sur la loi 2, § 22, D., 43,8, qui, d'après elle, subdiviserait les chemins vicinaux en chemins publics et en chemins privés, selon que le sol eût été fourni par le public ou par les riverains.

Cette loi 2, § 22, divise les chemins en trois grandes catégories : 1° les grands chemins publics dits royaux, prétoriens, consulaires ; 2° les chemins privés, appelés aussi *agraires ;* 3° les chemins vicinaux ou de traverse, qui servent de communications aux villages.

La loi ajoute que ces derniers chemins sont aussi appelés publics, à moins qu'ils ne soient pris par contribution sur les domaines des particuliers.

99. Ce n'est pas par les commentaires auxquels on se livre que l'on parviendra à expliquer cette loi d'une manière précise. Il faut simplement la mettre en rapport avec les autres dispositions du droit romain sur la matière, presque toutes émanées du même jurisconsulte Ulpien.

Ainsi nous y lisons qu'alors même que le fonds serait pris sur les riverains, le chemin vicinal, existant comme tel depuis un temps immémorial, est mis au nombre des chemins publics (2); qu'il importe, pour conférer la pu-

(1) Isambert, *Voirie*, t. Ier, p. 6; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, n° 18; Sauveur, *Revue de l'admin. belge*, t. IV, p. 991; arr. Gand, Ier juillet 1863 (*Pas. B.*, 1863, II, 317 et 325); *id.*, 30 décembre 1868 (*Pas. B.*, 1869. II, 265); arr. cass. B., 10 février 1865 (*Pas. B.*, 1865, I, 280); arr. Gand, 23 février 1867 (*Pas. B.*, 1868, II, 100).

(2) L. 3, D., 43-7.

Digitized by Google

blicité au chemin, que le public s'en soit servi *à titre de chemin public, et non suo jure* (1).

Nous y lisons encore que les chemins privés se composant de passage et de communication des grands chemins à un lieu habité, tel qu'un village ou une métairie, doivent être considérés comme publics dès que leur usage sert universellement à tout le monde (2).

Enfin le Digeste contient un fragment du même jurisconsulte Ulpien, qui nous apprend qu'il n'y a pas de chemin public sans un sol public; que le chemin public diffère du chemin privé en ce que, dans ce dernier, le sol appartient à un particulier, au lieu que le sol du chemin public est aussi public (3).

D'un autre côté, nous avons vu que le droit romain réputait les choses publiques, y compris les chemins, des biens appartenant au peuple romain et complétement imprescriptibles. (Voy. n° 49.)

100. Que conclure de la combinaison de tous ces textes de loi, si ce n'est que dire et reconnaître que les chemins vicinaux doivent subir, comme toutes les autres choses publiques, l'application des vrais principes que nous cherchons à propager par le présent traité?

C'est absolument la même chose qu'enseigner avec De la Mare : 1° qu'au fond, il n'a jamais existé, à proprement parler, que deux classes fondamentales de chemins (4) : d'une part, les chemins privés; d'autre

(1) L. 25, D., 8-6.
(2) L. 2, § 23, D., 43-8.
(3) L. 2, § 21, D., *h. t.*
(4) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XIII, chap. III, p. 475; *sic* Comte, *Propr.*, chap. XX.

part, les chemins publics, au nombre desquels on compte les grands chemins royaux et les chemins vicinaux ou de traverse proprement dits; 2° qu'un chemin ne peut être public que sous les deux conditions requises pour toute chose publique quelconque : *a*) que le chemin soit destiné à l'utilité publique; *b*) qu'il soit assis sur un sol public dès l'origine, ou qui puisse le devenir avec le temps; qu'en d'autres termes, le domaine public soit légalement constitué; 3° qu'en conséquence, tout chemin reste dans la catégorie des chemins privés et échappe à la publicité ou à la vicinalité proprement dite, s'il n'est pas légalement acquis aux usages publics; comme il peut devenir public, quoique d'origine privée, s'il sert habituellement aux besoins généraux de tous les habitants, surtout pendant tout le temps requis pour la prescription acquisitive (n°s 17-20); 4° qu'en cas de doute, tout chemin de traverse habituellement pratiqué par tout le monde doit être considéré comme chemin public.

C'est ainsi qu'avec le temps tous les chemins vicinaux sont entrés dans le domaine public.

101. Ces principes sont justement suivis et professés par Proudhon conformément à la loi romaine (1).

Ont-ils quelque chose d'injuste? Sont-ils, comme on le prétend, contraires à la cause même de la possession? Le public prescrit-il ici contrairement aux règles générales de la prescription?

Nullement. Nous avons établi ailleurs qu'au moyen

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, n°s 610, 631, 652, etc.

de l'interversion, on peut convertir une détention précaire en une possession juridique et civile(1); que seulement les particuliers ne peuvent posséder *pro suo* une chose publique; qu'ils ne la possèdent que pour l'État général ou municipal.

De plus, nous observerons que si des particuliers ou des communautés n'exerçant pas les droits publics de la nation ont affecté gratuitement leur propre sol à des besoins publics de communication, ils sont censés en avoir abandonné la jouissance au public; et le sol entre à l'instant même en la possession *animo domini* du domaine public qui, par voie de conséquence, peut prescrire acquisitivement (2).

C'est absolument comme si des particuliers, ou des établissements qui ne forment pas un démembrement politique de l'État, venaient à ériger sur leur propre fonds une église, un cimetière, une forteresse, etc. Ils ne pourraient en retenir la propriété dès que ces choses ont reçu une destination publique. (Voy. n°s 16, 45 et 87.)

« Comment, dit très-bien Troplong, se sont formés les chemins dans la plupart des communes, et comment encore aujourd'hui s'en forme-t-il un grand nombre? *Par la possession*. Les habitants passent et repassent; leurs voitures tracent la voie. Lorsqu'elle n'est plus en état de viabilité, ils la réparent par la prestation en nature; puis ils l'embellissent par des plantations, ou

(1) Mon *Traité de la Possession*, n°s 225, 295 et suiv.
(2) PROUDHON, *Dom. publ.*, n° 631.

Digitized by Google

bien ils la perfectionnent par des fossés, par des ponts et des travaux d'art plus ou moins grossiers. Ces actes de possession se sont réitérés pendant des siècles, *et ils ont conquis au public des terrains qui peut-être originairement ne lui appartenaient pas*. C'est là l'histoire de presque tous les chemins vicinaux, et l'on voit que la prescription y joue un plus grand rôle que les actes officiels de l'autorité (1). »

Aussi l'arrêté consulaire du 24 vendémiaire an XI reconnaissait-il que les chemins vicinaux se composaient de terrains achetés par les communes ou fournis *gratuitement* par les particuliers pour le service particulier des communes!

102. Il n'est donc nullement besoin d'imaginer des distinctions arbitraires qui ne se trouvent pas dans la loi romaine, de distinguer les chemins vicinaux : 1° en chemins publics *quoad usum scilicet* ou *quantùm ad usum attinet*, et 2° en chemins publics *quoad solum autem*.

Voet et Pothier commentent de cette façon la loi 3, D., 43-7 (2). Mais cette doctrine est de pure fantaisie. Le droit romain proteste lui-même de la manière la plus énergique contre une semblable interprétation. « *Viam publicam*, dit-il, *eam dicimus, cujus etiam solum publicum est; viæ publicæ solum publicum est; viæ privatæ solum alienum est* (3). »

(1) TROPLONG, *Prescr.*, nos 163.

(2) VOET, *ad Pand.*, liv. XLIII, t. VII; POTHIER, *ad Pand.*, t. III, p. 208, notes *g* et *i*.

(3) L. 2, § 21, D., 43-8.

Digitized by Google

Voet et Pothier sont d'ailleurs en contradiction avec eux-mêmes, puisqu'ils enseignent les premiers que toutes les choses publiques sont essentiellement la propriété du peuple ou du domaine public, quoique l'usage en appartienne à tout le monde; qu'il en est spécialement ainsi des lieux et de tous chemins publics, sans exception pour les chemins de traverse; qu'ils sont hors du commerce et imprescriptibles de la part des particuliers (1).

La cour de cassation belge était donc dans le vrai lorsqu'elle énonçait en 1843 « qu'aux termes des lois romaines, L. 2, §§ 21 et 23, D., 43, 8 et 3 pr. D., 43, 7, le caractère distinctif des chemins publics et privés consistait en ce que le sol sur lequel les premiers sont établis forme une propriété publique, tandis que le sol des seconds demeure la propriété des particuliers; et que les chemins privés étaient, en conséquence, seuls susceptibles d'une servitude de passage proprement dite (2). »

103. Ces principes du droit romain ont toujours prévalu dans le droit coutumier, tant dans nos provinces que dans le pays français.

Nous y voyons la plupart des auteurs invoquer les dispositions du droit romain et soutenir, dans le sens que nous venons d'indiquer, leur applicabilité aux pays que les Romains avaient anciennement conquis.

(1) Pothier, *Prescr.*, n° 7; Voet, *ad Pand.*, liv. I, t. VIII, n° 8; liv. XLIII, tit. VII, n° 8; liv. XLIII, tit. VIII; liv. XLIX, tit. XIV, n° 1.

(2) Arr. cass. B., 3 juin 1843 (*Pas. B.*, 1843, I, 198).

Digitized by Google

aussi l'imprescriptibilité des chemins vicinaux appelés *werichas* ou *commune aisance* (1).

En France, indépendamment de l'édit de Moulins de février 1566, qui s'appliquait généralement aux grandes régales, il existait encore l'ordonnance de Blois de 1579, art. 346. Cette disposition établissait l'imprescriptibilité des chemins publics. Son texte, il est vrai, ne se rapportait qu'aux grands chemins ; mais la raison rendait les mêmes principes applicables à la largeur des chemins vicinaux (2).

De la publicité et de l'imprescriptibilité des chemins vicinaux, les auteurs concluaient avec sagesse que ces chemins comportaient un sol aussi essentiellement public que leur usage, conformément aux principes de la loi romaine, *ad viam publicam id exigi ut et fundus et usus publicus fit* (3).

104. La plupart des auteurs partaient de ces principes pour diviser les chemins, comme en droit romain, en deux grandes catégories : *a*) les chemins publics, qui comprenaient les routes royales et les chemins vicinaux ou de traverse, dont la nature était assimilée; *b*) les chemins privés ou agraires, que l'on avait soin de distinguer tout à la fois des chemins royaux et des chemins vicinaux. Ils donnaient même plus particu-

(1) SAUVEUR, *Revue de l'adm.*, t. IV, p. 1000.

(2) TROPLONG, *Prescr.*, n° 158; DENISART, *Collect. de jurisp.*, v° *Chemin, in fine*; FREMINVILLE, *Pratique des terriers*, t. II, chap. III *in fine*.

(3) STOCKMANS, décis. 85, n° 6; CŒPOLLA, *Servit.*, tr. II, chap. Ier, nos 17 et 19.

lièrement aux chemins vicinaux la dénomination de chemins publics (1).

Les auteurs belges et français enseignaient également, à l'instar du droit romain, qu'un chemin privé devient chemin public et imprescriptible par la seule possession acquisitive du public; mais que la durée de la possession du public différait à l'infini, selon la variété des diverses coutumes (2).

Ce point de droit est généralement admis, dans les temps modernes, par la doctrine et la jurisprudence, qui décident à bon droit qu'à la différence d'une servitude de passage existant au profit des habitants d'une commune, le sol d'un chemin public peut s'acquérir au moyen de la prescription (3).

Et l'article 10 de la loi vicinale belge du 10 avril 1841 n'a fait que rendre hommage à ces principes.

105. La nouvelle jurisprudence belge allègue que Stockmans n'enseigne nullement que *toutes* les routes vicinales sont des routes publiques; qu'il dit simple-

(1) Louvrex, *Recueil des édits*, 1re partie, p. 228, chap. LX; Sohet, *Instit.*, liv. II, t. L; Stockmans, décis. 85, nos 6 et 7; Denisart, *Coll. de jurisp.*, vo *Chemins;* Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XXII; d'Argentré, *Cout. Bret.*, art. 54, note 4, no 2; Christyn, vol. V, décis. 157, no 8.

(2) Denisart, vo *Chemins;* Sohet, *Instit.*, liv. II, t. L, no 11; Louvrex, *Recueil des édits*, chap. XL; Stockmans, décis. 85, no 10; Sauveur, *Revue de l'adm.*, t. IV, p. 1018.

(3) Arr. Bruxelles, 19 décembre 1853 (*Pas. B.*, 1854, II, 304); *id.*, 18 décembre 1854 (*Pas. B*, 1856, II, 17); *id.*, 27 juillet 1855 (*Pas. B.*, 1857, II, 166); *id.*, 21 décembre 1857 (*Pas. B.*, 1858, II, 205); arr. Liége, 12 juillet 1861 (*Pas. B.*, 1863, II, 74); Dalloz, vo *Voirie par terre*, no 569, les auteurs et les arrêts y cités.

ment qu'il existe des routes vicinales parmi les routes publiques; qu'autrement, cet auteur aurait fort inutilement visé un procès où il s'agissait de savoir si un chemin vicinal était privé ou public.

Mais l'opinion de Stockmans, d'ailleurs conforme à celle des autres jurisconsultes, est trop catégorique pour pouvoir être discutée. Cet auteur éminent oppose formellement les chemins royaux ou vicinaux aux chemins particuliers, à tel point qu'il proclame imprescriptibles tous chemins publics, parmi lesquels il classe expressément les chemins vicinaux (1).

Le doute tend encore plus à disparaître devant l'observation faite par cet auteur, à propos du droit de plantation, que les chemins vicinaux diffèrent essentiellement des chemins agraires, en ce que ces derniers sont du domaine privé et qu'à leur égard il ne peut s'élever la question de savoir à qui incombe la faculté de planter, *puisque le sol y est privé*, et que tout droit quelconque appartient au propriétaire du sol, sauf qu'il doit respecter la servitude de passage (2).

Stockmans réserve donc la question de plantation pour les chemins royaux ou vicinaux. Et dans le procès qu'il vise, il ne traite point d'un chemin qualifié de *vicinal*; il y traite d'un chemin dont la qualité était douteuse, dont la propriété du sol était incertaine, que les riverains avaient réparé quelquefois, mais dont l'usage avait toujours été public. Dans ces circonstances,

(1) Stockmans, décis. 85, n° 6, et 86, n° 6.
(2) Stockmans, décis. 85, n°s 7 et 8.

Digitized by Google

conformément à la sentence, il déclare ce chemin une propriété publique (1).

106. D'un autre côté, il est impossible de concilier tous ces principes reçus en droit coutumier avec le système tendant à reconnaître un droit de propriété des riverains sur le sol des anciens chemins vicinaux dans les pays allodiaux, tels que l'étaient la plupart des provinces belges.

Les principes de droit public étaient exactement les mêmes, à l'égard des choses publiques, dans les pays allodiaux et dans les pays inféodés. Nous venons de voir, dans ces deux espèces différentes de pays, la même doctrine enseignée par les principaux jurisconsultes et appliquée par les monuments législatifs de l'époque.

Comment combiner les notions de la propriété privée avec celles de mise hors du commerce et d'imprescriptibilité des chemins vicinaux, avec celles de la publicité de leur sol et de leur usage? Comment concilier toutes ces idées lorsque, d'autre part, il est admis d'une manière incontestable que la prescription extinctive du sol des chemins privés ou des servitudes de passage particulier qui l'affectent était reçue aussi bien dans l'ancienne législation que dans la nouvelle?

107. La jurisprudence belge objecte la charge de l'entretien imposée aux propriétaires riverains. Mais cet argument se rétorque précisément contre l'opinion qui s'en prévaut.

(1) STOCKMANS, décis. 85, nos 9 et 10.

Digitized by Google

De tout temps, l'entretien des chemins vicinaux fut mis ordinairement à charge des riverains. Toutefois, cela n'avait pas toujours lieu. Ainsi plusieurs auteurs, tant en France qu'en Belgique, enseignaient qu'ils devaient être réparés par les communautés des villages qui s'en servaient, à la différence des chemins privés, dits agraires, mis à charge des riverains qui avaient procuré le sol. Et ils citaient à l'appui une foule d'ordonnances des souverains qui furent rendues en ce sens, notamment en Belgique, dans le dix-huitième siècle (1).

M. Sauveur rapporte, pour le pays de Liége, le texte de la paix de Saint-Jacques du 28 avril 1487, et une lettre-mandement de l'an 1665 émanée du prince-évêque Maximilien-Henri, qui imposent l'obligation d'entretenir toutes voies publiques, même les chemins royaux, tant aux riverains qu'aux propriétaires d'héritages voisins, quoique non contigus aux chemins (2).

La charge de l'entretien ne prouve donc rien pour la propriété des chemins.

Louvrex enseignait aussi que le propriétaire du sol affecté à une simple servitude de passage privé n'était pas obligé d'entretenir le chemin; que ce soin incombait au propriétaire du fonds dominant, d'après les principes romains sur la matière (3).

(1) Sohet, *Instit.*, liv. II, tit. L, nos 12-18; Louvrex, *Recueil des édits*, Ire partie, chap. LX; d'Argentré, art. 54, note 4, no 2; Christyn, décis. 157, no 8, et 21, no 5.

(2) Sauveur, *loc. cit.*, p. 1024.

(3) Louvrex, *loc. cit.*

Digitized by Google

Mais, alors même que le chemin vicinal eût été forcément entretenu par les riverains sous l'empire des anciennes coutumes ou ordonnances (1), nous nous trouverions encore en regard du droit romain, qui nous apprendrait que le chemin vicinal ne peut être réputé privé par la simple considération que les riverains l'auraient réparé en commun; que cet effet se produit à raison *de l'usage*, parce que le chemin offre un usage et une utilité commune (2).

Aussi Stockmans dit-il avec raison que si les riverains ont été forcés, par le pouvoir, de contribuer à la réparation du chemin, c'est là un très-fort argument en faveur de la publicité de ce chemin, et une très-faible raison à l'appui des prétentions des riverains (3)!

« La faculté de veiller à l'entretien d'une chose, dit Comte, ou de la laisser périr en empêchant que d'autres ne l'entretiennent, peut être considérée comme un signe de propriété, quand le libre exercice de cette faculté est garanti par l'autorité publique. On ne peut pas en dire autant de l'*obligation* de contribuer à certaines dépenses pour tenir en bon état une chose qui, par sa nature, est destinée à un usage public. *Une charge n'est pas un droit;* elle n'est pas toujours et *nécessairement* une marque de propriété (4). »

La jurisprudence belge objecte également le droit de plantation et le droit aux fruits appartenant aux rive-

(1) D'Argentré, *loc. cit.*; etc.
(2) L. 8, §§ 22, D., 43, 8.
(3) Stockmans, décis. 85, n° 9.
(4) Comte, *Propr.*, chap. XXI.

Digitized by Google

rains sur le sol des anciens chemins vicinaux, notamment dans les Flandres et en Hollande.

Nous ne tarderons pas à démontrer que pareil droit n'est pas une conséquence de la propriété du fonds. (Nos 114 et suiv.)

108. S'il est incontestable que les chemins vicinaux soient restés, comme les grands chemins, hors du commerce et en la possession exclusive du domaine public, on se demande dans quelles mains l'administration de ce domaine public a passé au moyen âge? A-t-elle passé dans les mains des seigneurs ou dans celles du prince souverain?

La dispute est ancienne et très-vive sur ce point. Elle est parfaitement rapportée dans l'ouvrage de M. De la Mare (1).

Une foule d'auteurs et de coutumes allaient jusqu'à dire que les chemins vicinaux étaient en la propriété et en la juridiction des seigneurs justiciers (2). D'autres admettaient, dans le principe, qu'il en était de même pour les grands chemins et les rivières navigables,

(1) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. Ier, p. 642.

(2) Loysel, *Instit. cout.*, t. I, liv. II, tit. II, art. 5 et 6; Freminville, *Pratique des terriers*, t. II, chap. III; Bourjon, *Droit comm. de la France*; Basnage, *Cout. Norm.*, tit. *des Jurid.*; *Coutumes de Thérouanne, d'Amiens, d'Artois, de Senlis, châtellenie de Lille, chartes du Hainaut*; Coquille, *Cout. Nivernais*, chap. XVI, art. 2; Poullain du Parc, *Princ. jurispr.*, t. II, p. 394; Sohet, *Instit.*, liv. I, tit. LX, nos 24-26; liv. II, tit. XXV, nos 3 et 4; liv. II, t. L.—Voy. Merlin, *Rép.*, vo *Chemin public*; De Brouckere et Tielemans, *Rép. adm.*, vo *Arbres*, § 2; Dalloz, vo *Voirie par terre*, no 8; Pardessus, *Servit.*, no 36; Garnier, *Chemins*, p. 276; arr. Bruxelles, 19 janvier 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 377).

avant la publication des ordonnances royales, qui attribuèrent au souverain les objets du grand domaine (1).

On conçoit que la nation puisse elle-même posséder et exercer son domaine public, lorsqu'elle est maîtresse, comme aujourd'hui, de son autonomie et de sa souveraineté. Mais on conçoit aussi qu'à l'époque féodale, les droits publics de la nation aient été d'abord absorbés par ceux des seigneurs armés de la puissance, puis par ceux du roi.

109. Aussi la plupart des auteurs, après l'introduction en France du livre des fiefs de l'empereur Frédéric Barberousse et la prépondérance de l'autorité royale sur celle des seigneurs, admirent avec les ordonnances que tous les chemins publics, y compris les vicinaux, tant dans les pays féodaux qu'allodiaux, étaient au pouvoir du roi ou du prince souverain, à l'instar de toutes les choses publiques; que toutes ces choses publiques représentaient des choses *fiscales* ou régales, attribuées au roi à titre de souveraineté (2).

Nous avons vu en effet que le livre des fiefs comprenait, parmi les droits régaliens réservés au prince, les

(1) Beaumanoir, chap. XXV, n° 4; les coutumes d'Amiens, du Boulenois, etc., rapportées par Championnière, *Propr. des eaux cour.*, n°s 372-374.

(2) Bouteiller, *Somm. rurale*, liv. I, t. LXXIII et LXXXV; De la Mare, *Traité de la police, loc. cit.*; Denisart, *Collect. de jurispr.*, v° *Chemins*; Bacquet, *Droits de just.*, chap. XXX, n°s 3 et 4; Lebret, *Souver. du roi*, liv. II, chap. XIII; Stockmans, décis. 85, n° 1 et décis. 87, n° 3; Lelièvre, *Quest. de droit*, *Cout. Namur*, chap. VI *in fine*; Heeswyck, *Controv.*, 9, n°s 1 et 2; Dalloz, v° *Voirie par terre*, n° 8; Périn, *Dom. publ.*, p. 39, 46; Chassanée, part. 5*a*, consid. 24, p. 213; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, n°s 16, 17 et 21. — *Sic* arr. Gand, 26 juillet 1845 (*Pas. B.*, 1845, II, 232).

Digitized by Google

choses publiques proprement dites, et spécialement tous les chemins publics, *viæ publicæ* (1); qu'elles finirent par être assimilées, y compris les chemins, aux *régales majeures* quant à la propriété, et aux *régales mineures* quant aux fruits et produits utiles (voy. nos 52 et suiv.); que la célèbre ordonnance de Moulins, portée en février 1566, et les ordonnances royales qui suivirent ne firent que consacrer ces principes; qu'elles se bornèrent à donner un nouveau nom aux régales majeures et mineures, en les appelant *grand domaine* et *petit domaine* (2).

110. Dès que les rois furent maîtres des chemins publics, ils laissèrent aux grands seigneurs, à titre de concession, les droits de voirie et de juridiction, principalement sur les chemins vicinaux. Et De la Mare nous apprend que, de son temps, il était reçu que les seigneurs titrés jouissaient de la propriété de ces droits concédés sur les chemins non royaux (3). (Voy. n° 73.)

Mais après les avoir concédés, les rois cherchèrent à s'en ressaisir.

Selon ce dernier auteur, le différend qui existait entre le roi et les seigneurs était plutôt relatif aux droits de voirie et de juridiction; il était étranger au droit de propriété proprement dit, qu'il ne faut pas confondre avec l'administration; le droit des seigneurs

(1) *De usibus feudorum*, tit. *Quæ sint regalia*, liv. II, t. LVI.

(2) Dalloz, *Rép.*, v° *Domaine de l'État*, nos 26, 105 et suiv.; Merlin, *Rép*, v° *Dom. publ.*, § 3, n° 4; Ferrière, *Dict.*, v° *Régales*; Voet, *ad Pand*, liv. XLIX, tit. XIV, n° 3; Troplong, *Prescr.*, n° 184.

(3) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. I, p. 643.

ou des rois se réduisait à celui d'administration et de voirie sur les chemins, rues et places, et à celui de s'en emparer, à titre de *terrains vagues*, lorsque leur destination publique avait été régulièrement supprimée.

Nous savons aussi que la lutte continua à subsister; que les rois parvinrent à enlever aux seigneurs les éléments de la puissance publique; et qu'à l'époque de la révolution française, les seigneurs ne possédaient plus guère, sur les chemins vicinaux, que les impôts et les droits utiles privés naissant de leurs anciens droits de voirie et de juridiction, que le droit de s'emparer des vacants. (N° 59.)

111. Ainsi, il ne faut pas induire de cet historique que les chemins vinrent à perdre leur imprescriptibilité et leur caractère de *res nullius privati*.

Nous avons vu les principaux auteurs français et belges, tant dans les pays féodaux qu'allodiaux, protester énergiquement contre une pareille interprétation. (Voy. n°s 63 et suiv.)

Ils faisaient justement observer, avec la coutume de Bretagne, art. 54, que la propriété des rues, des rivières et des chemins publics constituait, il est vrai, un droit fiscal ou régalien; mais que la propriété appartenait plutôt au fisc ou à l'État qu'au roi lui-même; que le droit du roi consistait en un simple droit de haute administration, d'usage, de garde ou d'usufruit; qu'il avait le devoir de veiller à ce que la chose ne devînt jamais privée; qu'il y a, au fond, une grande différence entre ces choses publiques et les choses appartenant en propre et privativement au souverain; que les droits

en dérivant sont d'une tout autre nature; que les chemins publics, etc., sont imprescriptibles et hors du commerce *naturâ ipsâ;* qu'elles constituent des choses publiques par excellence, dont l'usage est et doit rester à chacun (1).

Loyseau et De la Mare soutenaient même que les chemins publics n'appartenaient à personne.

Mais cette opinion se confondait avec celle des domanistes.

« C'est précisément, dit très-bien Merlin, parce que ces chemins n'appartiennent à personne, parce que l'usage en est commun à tous, que la propriété doit en appartenir à l'État; car dans tous les pays, les choses communes qui n'ont pas de maître sont considérées comme *régales* (2). »

112. Mais si les chemins vicinaux et autres choses publiques gardèrent leur nature inaliénable et imprescriptible dans les mains du pouvoir, toutefois, sous le nom de petits domaines, ils étaient dans le commerce, aliénables, prescriptibles et concessibles pour tous droits et utilités profitables aux hommes et qui sont compatibles avec la propriété et l'usage du public.

D'un côté, le souverain resta investi de l'admi-

(1) Voet, *ad Pand.*, liv. XLIII, tit. VIII; liv. XLIX, tit. XIV, n° 1; Domat, *Lois civ.*, liv. prél., tit. III, sect. I, n° 2; *id.*, *Droit publ.*, liv. I, tit. VI, sect. I, n° 7; Loyseau, *Seign.*, chap. XII, n° 120; Legrand, *Cout. Troyes*, tit. VII, art. 130 et tit. X. art. 179; d'Argentré, *Cout. de Bret.*, art. 54, notes 6 et 2 n° 4; *id.*, art. 56; De la Mare, *loc. cit.*; Stockmans, décis. 87, n°s 4 et 5; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, n°s 16 et suiv.; Pardessus, *Servit.*, n° 35.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Grand chemin.*

nistration et de la disposition suprême de tous chemins publics créés ou à créer. De l'autre, le droit historique nous apprend qu'il usa largement de son droit usurpé de concéder sur les chemins vicinaux, soit à des seigneurs, soit à des communautés, tous les droits utiles possibles dont les particuliers ne sont pas incapables, et non contraires à la circulation, sans préjudice toutefois à sa souveraineté qui était et devait rester inaliénable (1).

Voici quelques applications de cette règle :

Ainsi, c'était un droit inaliénable de souveraineté réservé à la puissance suprême, celui d'édifier des voies publiques même vicinales, celui de les vendre ou de supprimer leur destination publique.

C'étaient là des attributs des droits régaliens et de majesté que l'on appelait *souveraineté* et que le prince ne pouvait abdiquer en mains de personne, pas même en mains des seigneurs ayant pleine juridiction. La juridiction des seigneurs ne comportait pas des droits aussi élevés. Et ces droits étaient inaliénables et imprescriptibles (2).

(1) Sohet, *Instit.*, liv. II, t. XXV, nos 3 et 4 ; d'Argentré, *Cout. Bret.*, art. 56, notes 3 et 4 et art. 266, chap. XXIII ; Stockmans, décis. 86, nos 5 et 6 ; décis. 87, nos 3, 4, 5 et 6 ; décis. 89, n° 5 ; Lelièvre, *Quest. de droit*, chap. VI *in fine* ; Ferrière, *Dict.*, v° *Régales* ; Larrea, *Alleg. fiscali*, 110 ; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, nos 17, 20 et suiv. ; De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. I, p. 643. — Voy. arr. Bruxelles, 24 juin 1844 (*Pas. B.*, 1844, II, 359).

(2) Stockmans, décis. 87, nos 4 et 5 ; décis. 89, n° 5 ; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, nos 22 et suiv. ; d'Argentré, *loc. cit.*, art. 54, note 6, n° 4 ; Papon, liv. V, t. X, arrest. 11 ; Chopin, *de doman.*, liv. III, t. IX ; Valascus, consult. 141.

C'était aussi un droit inaliénable de souveraineté incombant exclusivement au prince armé de la suprême puissance, celui d'exercer la haute administration et direction des chemins, tant qu'ils conservaient leur destination publique (1).

C'est en conséquence de ces principes qu'il était admis que les seigneurs, quoique voyers dans leur haute justice, ne pouvaient innover, ne pouvaient supprimer ni même changer aucun chemin public sans la permission du roi; qu'ils avaient le *jus prohibendi*, et non pas le *jus innovandi* (2).

Il y a plus, le prince lui-même, à moins d'être un despote, n'était pas armé du droit d'intervertir ou d'enlever aux habitants l'usage d'un chemin ou de toute autre chose publique, sans l'assentiment de la nation ou des états, tellement le droit du public était inaliénable et sacré (3).

Le droit de propriété était donc de droit public, inhérent à la souveraineté, tant pour les chemins vicinaux que pour toute autre chose publique.

113. Mais, par contre, le prince avait le droit et l'habitude de concéder aux seigneurs des lieux qu'il

(1) Stockmans, *loc. cit.*; d'Argentré, *loc. cit.*, art. 54, note 2, n° 4 et note 6, n° 4.

(2) Lapoix de Freminville, *Prat. des terriers*, t. IV, p. 403 et suiv.; De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XIII, sect. III, §§ 9 et 10, p. 513; Denisart, *Coll. de jurisp.*, v° *Chemins*; Périn, *Dom. publ.*, p. 39 et 46; Dalloz, v° *Voirie par terre*, n° 8; Sauveur, *Revue de l'adm.*, t. IV, p. 1031; Pardessus, *Servit.*, n° 35; Garnier, *Chemins*, p. 281.

(3) Stockmans, décis. 87, n°s 4 et 5; Cœpolla, *Servit.*, *loc. cit.*; d'Argentré, *loc. cit.*; Larrea, *Alleg. fisc.*, 110, n°s 9 et suiv.

leur vendait, non-seulement la juridiction, mais encore tous ses droits sur le territoire qui ne rentraient pas dans ceux de la *souveraineté* (1), *non æqualitate participationis, sed per derivationem, veluti lucerna accensa de magno igne, ità ut concedatur nihil pereat de suo jure supremo jure* (2).

Toute cette catégorie de droits était dans le commerce, aliénable, cessible et prescriptible.

« Plusieurs des régales mineures, dit Sohet, comme la pêche, la chasse, les mines de fer, les chemins publics, moulins à eau, etc., établis d'ancienneté, peuvent appartenir à des seigneurs particuliers.

« Quoiqu'on dise communément que les régales et domaines des princes sont imprescriptibles et inaliénables, cela ne doit s'entendre que de l'autorité souveraine qui est inaliénable et que les domaines du prince ne se prescrivent pas par le laps ordinaire de trente à quarante ans; car les fonds domaniaux, bois, prés et terres, *et autres revenus dont les particuliers ne sont pas incapables*, se prescrivent par le laps de cent ans; et les princes peuvent les engager, les aliéner *en conservant sur ces parties leur souveraineté* (3). »

De même que tous les profits, droits utiles et choses accessoires des fleuves navigables sont des régaux susceptibles de concession et de prescription, de même tous les profits, droits utiles et choses accessoires des

(1) Stockmans, décis. 89, n° 5.
(2) D'Argentré, art. 56, note 3, n° 4.
(3) Sohet, *Instit.*, liv. II, t. XXV, nos 3 et 4; Stockmans, décis. 86 et 88, n° 16.

chemins publics quelconques sont également des régaux concessibles de la part du prince et prescriptibles de la part des seigneurs ou particuliers. Et les auteurs ajoutent que celui qui jouit de l'un ou l'autre de ces avantages par concession ou prescription, ne peut pas dire pour cela que le sol de la chose lui appartienne (1).

114. C'est ainsi qu'appartenait ordinairement aux seigneurs particuliers, qui avaient reçu du prince une concession quelconque, le droit de tirer des terres et métaux des chemins publics, comme celui d'y planter des arbres, *à moins qu'un particulier n'en eût acquis le droit par prescription.* C'est encore ainsi qu'aux seigneurs particuliers appartenait le droit d'en tirer tous fruits non préjudiciables au droit qui pourrait compéter aux habitants (2).

Les avantages de la prétendue propriété des seigneurs consistaient même principalement dans le droit de planter des arbres et de s'approprier ceux crûs sur les chemins (3). De semblables droits naissaient de leur droit de voyère ou de voirie; et ce droit de voirie formait un des principaux attributs de leurs anciens droits de police ou de justice (4).

Sohet observait que, dans les Pays-Bas autrichiens, les grandes routes faisaient partie des régales du prince, quoique l'usage en fût public *et que le droit d'y planter*

(1) Sohet, *Instit.*, liv. II, tit. XLVII, nos I-4 et liv. II, t. L; Méan, obs. 293, nos 4, 6 et 8.

(2) Sohet, *Instit.*, liv. I, t. LX, nos 24-26; liv. II, t. L, no 6.

(3) Garnier, *Chemins*, p. 281.

(4) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV, liv. VI, tit. XV, chap. I.

des arbres appartînt assez souvent aux seigneurs par concession (1).

Ainsi de pareils droits étaient acquis *à titre de concession*, et l'on ne distinguait pas, à cet égard, les chemins vicinaux des autres chemins publics.

On ne distinguait pas davantage entre les pays allodiaux ou féodaux, entre les chemins vicinaux créés avant ou après la concession du prince. Seulement on conçoit, dans les pays allodiaux, que ces avantages, étant dans le commerce, soient tombés plutôt dans les mains des particuliers riverains que dans celles des seigneurs féodaux ou justiciers.

115. En France, pays féodal par excellence, les auteurs et la législation coutumière s'accordaient pour abandonner aux seigneurs le droit par concession de planter des arbres le long de tous chemins publics ainsi que la propriété des arbres plantés (2).

Mais quant aux droits des riverains, on distinguait en France entre les grands chemins et les chemins vicinaux.

Sur les *grandes routes*, le droit de plantation incombant aux riverains était *forcé*. Dans l'origine, il put s'exercer sur le sol de la voie publique. Mais la législation, et notamment l'arrêt du conseil du 3 mai

(1) SOHET, *Instit.*, liv. III, tit. L, n° 1, prél. — 5.

(2) DENISART, v^os *Chemins et arbres*; MERLIN, *Rép.*, v^os *Chemin public et arbres*; FREMINVILLE, *Pratique des terriers*, t. II, chap. III; coutume d'Artois, art. 5; coutumes de Montreuil, art. 19; châtellenie de Lille, t. I, art. 17, etc.; DALLOZ, v° *Voirie*, n°s 142 et suiv., 620 et suiv.; MIOT, Exposé des motifs de la loi du 9 ventôse an XIII (SIREY, 5, 2, 163).

1720, ordonna aux riverains de planter à une toise en dehors du fossé, sur leurs propres terrains; elle leur adjugeait la propriété des arbres qu'ils avaient plantés. Faute par eux de planter, les seigneurs justiciers ayant droit de voirie avaient la faculté de le faire à leurs frais sur les terrains des riverains; dans cas, ils avaient aussi la propriété des arbres plantés par eux. A défaut des seigneurs, l'État faisait les plantations sur la route et devenait ainsi propriétaire de ces arbres (1).

Pour les *routes vicinales*, il n'existait aucune loi générale. Les lois qui forçaient les riverains à planter sur les bords extérieurs des routes ne leur étaient pas applicables. Les riverains ne pouvaient planter que sur leurs propres fonds. De leur côté, les seigneurs ne pouvaient le faire sur le sol des riverains; ils ne pouvaient planter que sur le sol du chemin vicinal (2).

Les auteurs que nous venons de citer plus haut établissent très-bien qu'il n'était pas même permis aux riverains de planter des arbres sur les chemins publics vicinaux sans la permission du seigneur; que ces arbres lui appartenaient en vertu de son droit de voirie.

Ils invoquent, à l'appui des droits du seigneur, l'autorité de la jurisprudence, notamment deux arrêts du parlement des 11 juillet 1759 et 17 juin 1767. Mais Merlin va trop loin lorsqu'il conclut de la propriété

(1) Voy. DALLOZ, v° *Voirie*, n°s 142, 145, 164; MIOT, *loc. cit.*; MERLIN, *Rép.*, v° *Arbre*, n° 12.

(2) DALLOZ, *loc. cit.*, n° 620; MERLIN, *Rép.*, v° *Chemin public*, n° 2 *in fine*; DENISART, *Coll. d'arr.*, v° *Arbres et chemins*.

des arbres à celle du sol lui-même. L'arrêt du 2 août 1715 rapporté par Denisart, v° *Chemin*, n'a abandonné au seigneur justicier de Belleval la propriété d'un chemin abandonné et réclamé par les habitants de cette terre, que parce que ce chemin avait perdu depuis longtemps sa destination publique, qu'il était même devenu un bois, et qu'ainsi le seigneur avait pu en acquérir la propriété par la possesion.

116. Dans les provinces belges, pays composé presque exclusivement d'alleux et même de francs-alleux, où l'autorité du seigneur justicier se faisait moins sentir, mais qui néanmoins subissaient anciennement la domination des seigneurs justiciers (1), le droit de planter des arbres sur le sol de tous chemins publics, ainsi que les autres droits utiles, n'appartenaient pas seulement aux seigneurs ; ils pouvaient également tomber dans le commerce et le domaine des particuliers, principalement des propriétaires riverains de ces routes.

Il était en conséquence admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence et la législation, que le droit de planter sur tous chemins publics pouvait être acquis par prescription contre les seigneurs justiciers ; que les riverains usaient ordinairement de ce droit ; de sorte qu'en général ils étaient considérés comme propriétaires des arbres qui longeaient leurs terrains sur la voie publique, et qu'il n'était pas loisible aux sei-

(1) Championnière, *Eaux cour.*, n° 169, et les auteurs y cités ; Hévin, *Quest. féod.*, p. 228 ; etc.

gneurs, comme en France, de leur enlever la propriété de ces arbres.

Mais, d'un autre côté, il était aussi admis que si ce droit de plantation avait pu être concédé par le prince et tomber dans le commerce des hommes, il n'en était pas ainsi du sol et des usages publics, qui ne pouvaient jamais être prescrits, comme faisant partie des régaux inaliénables du roi ou du prince, des choses inséparables du principe de la souveraineté (1).

Stockmans rapporte même une espèce où un seigneur avait contesté à l'autorité du fisc royal la propriété et la haute administration d'une partie de chemin public qui excédait la largeur légale, et où ce seigneur avait voulu l'annexer à ses propriétés riveraines. Et Stockmans approuve l'arrêt du 19 octobre 1656 qui força le seigneur à restituer au fisc la partie du chemin litigieux (2).

117. Il résulte donc tant de la doctrine que de la jurisprudence et de la législation, notamment de l'article 10 du placard de Marie-Thérèse du 3 mars 1764,

(1) Stockmans, décis. 85, n° 5; décis. 86, n° 6; décis. 87, n° 7; décis. 89, n° 5; Sohet, *Instit.*, liv. II, tit. L, n°s 1 prélim. et 6, combinés avec le liv. II, t. XXV, n°s 3 et 4; Lelièvre, *Quest. de droit. Namur*, chap. VI *in fine*; Zypeus, liv. IX, ch. *de v. publ.*; arr. parlement des Flandres, 6 octobre 1707 (Pinault, *Arr. not. des Flandres*, t. IV, p. 41); ordonn. du conseil des Flandres, 1er mars 1505 et 17 mars 1507; édits des souver., 18 mars 1536, 15 juin 1555, 17 avril 1556 et 3 février 1570; ordonn. d'Albert et d'Isabelle du 10 juin 1628 (plac. Brab., 2, 163); édits de Marie-Thérèse des 3 mars 1764 (plac. Brab., 8, 308), 27 mars 1765, 11 juin 1766; édit du 8 février 1734 (plac. Brab., 5, 467).

(2) Stockmans, décis. 85, n° 2.

que, dans la plupart des provinces belges, la faculté de planter sur tous *chemins publics quelconques* appartenait tant aux seigneurs qu'aux particuliers riverains par voie de concession ou de prescription ; que, d'autre part, cette faculté ne prouve rien en faveur du système qui confère aux riverains la propriété du sol.

Elle prouverait trop; car si le droit de plantation pouvait établir la propriété du sol, il s'ensuivrait que les riverains auraient aussi le droit de revendiquer le sol de la grande voirie.

« Ces avantages secondaires, dit Comte, indépendants de l'objet pour lequel les chemins publics sont formés, peuvent être attribués par les lois aux propriétaires riverains, aux communes ou à l'État, sans qu'on puisse tirer de cette attribution aucune conséquence relativement à la propriété des chemins. Une loi du 9 ventôse an XIII, par exemple, obligeait les propriétaires riverains à planter des arbres sur le bord des grandes routes, ou en faisait planter à leurs frais, et leur en abandonnait ensuite la propriété sous certaines conditions. Quoique ces plantations fussent faites sur un fonds public, et qu'elles fussent attribuées aux propriétaires riverains, elles n'avaient pas pour effet de leur conférer la propriété du sol sur lequel elles avaient lieu, etc. (1). »

Ici, comme pour les cimetières, églises, fleuves publics, rivages de la mer, nous voyons la loi intervenir pour concéder les avantages secondaires de la chose

(1) Comte, *Propr.*, chap. XXI.

publique soit à des communes, soit à des fabriques, soit à des particuliers, etc., sans que l'on puisse en conclure que le sol n'appartenait pas à l'État. La loi ne peut l'ordonner ainsi que précisément à cause de la grande puissance que donne la propriété publique. (Voyez nos 191 et suiv.)

118. Ce que nous venons de dire relativement aux arbres s'applique également aux fruits.

Si Voet et Grotius enseignent que l'unique différence entre les grands chemins et les chemins vicinaux consiste en Hollande en ce que les fruits des premiers appartiennent *ad comitatum Hollandiæ*, tandis que les fruits des seconds appartiennent *ad vicinos qui contulerunt* (1), cela ne veut pas dire que les riverains y étaient propriétaires du sol des chemins vicinaux.

Voet, au contraire, s'ingénie à prouver, dans le même passage et dans les livres suivants, que les lieux publics, y compris tous les chemins publics dont les chemins vicinaux font partie, appartiennent au peuple, *proprietas alicujus populi*, qu'ils constituent des biens fiscaux et que leur propriété est inséparable du fisc, *bona fiscalia, proprietate apud fiscum ipsum manente* (2).

Peut-être considérait-on en Hollande les fruits comme une compensation donnée à la charge d'entretien, généralement alors imposée aux riverains. (Voy. n° 107.)

Dans tous les cas, la propriété des fruits avait,

(1) Voet, *ad Pand.*, liv. XLIII, t. VII; Grotius, *Manuductio*, liv. XI, chap. XXXV, nos 6-7.

(2) Voet, *loc. cit.*, n° 8; *id.*, liv. XLIII, tit. VIII; *id.*, liv. XLIX, t. XIV, n° 1.

Digitized by Google

comme celle des arbres, sa source dans le droit de concession octroyé par la puissance publique. La concession variait selon les pays et les coutumes. Et nous voyons les fruits adjugés tantôt aux riverains, tantôt aux seigneurs, tantôt aux communautés, tant sur les chemins vicinaux que *sur ceux de la grande voirie.*

Le règlement français de janvier 1583, en matière d'eaux et forêts, portait en effet que les fruits des arbres qui sont sur tous chemins publics devaient appartenir aux propriétaires des terres voisines *et aux voyers s'ils y ont droit,* c'est-à-dire si ces fruits leur sont attribués par les prérogatives de leurs usages (1).

Nous lisons encore dans la coutume française de Boullenois, art. 40 : *Les fruits de tous arbres étant en voies publiques, rues et places communes d'aucuns villages, appartiennent aux habitants d'icelui, qui les peuvent recueillir, prendre et abattre pour en user à leur plaisir.*

Enfin l'art. 18 du décret du 28 août 1792 portait : « Jusqu'à ce qu'il ait été prononcé relativement aux arbres plantés sur les *grandes routes nationales,* nul ne pourra s'approprier lesdits arbres ni les abattre; *leurs fruits seulement, les arbres morts appartiendront aux propriétaires riverains.* »

119. Pour nous résumer sur la longue digression à laquelle nous venons de nous livrer au sujet des anciens chemins publics, nous dirons :

1° D'une part, avec M. Sauveur, que dans l'ancien

(1) MERLIN, *Rép.*, v° *Arbres*, n° 11.

droit les chemins publics, y compris les chemins vicinaux, n'ont jamais cessé d'être la propriété imprescriptible du domaine public; 2° qu'ils n'ont jamais été censés la propriété soit du roi ou du prince, soit des seigneurs, que sous le rapport de l'administration, des droits et impôts particuliers dont ils étaient susceptibles et qui pouvaient se combiner avec l'usage public, tels que le droit de plantation, etc.; 3° d'autre part, que ces derniers droits, de nature commerçable, ont pu passer dans la propriété privée des particuliers par la voie de la concession ou par la voie de la prescription.

120. Mais faut-il maintenir aujourd'hui l'existence de ces derniers droits, comme droits acquis par les particuliers, quoique émanant de la source abusive et usurpatrice des seigneurs et des rois?

Est-il vrai de dire, avec la nouvelle jurisprudence belge, que ces anciens droits, et spécialement ceux de planter sur le sol des chemins publics vicinaux, puissent être possédés immobilièrement et irrévocablement par les riverains depuis les lois révolutionnaires jusqu'à nos jours (1)?

(1) Arr. Bruxelles, 28 février 1810 (*Pas. B.*, à sa date); *id*, 6 juin 1829 (*Pas. B.*, à sa date); *id.*, 31 mai 1856 (*Pas. B.*, 1856, II, 333); arr. Gand, 30 juin 1843 (*Pas. B.*, 1843, II, 390); *id.*, 19 juillet 1861 (*Pas. B.*, 1861, II, 333, et la note); *id.*, 23 février 1867 (*Pas. B.*, 1868, II, 100, et la note), arr. cass. B., 10 mars 1860 (*Pas. B.*, 1860, I, 129); *id.*, 10 février 1865 (*Pas. B.*, 1865, I, 280); *id.*, 30 janvier 1868 (*Pas. B.*, 1868, I, 277); *id.*, 9 juillet 1868 (*Pas. B.*, 1869, I, 173). — Voy. arr. cass. Fr, 7 juin 1827; Douai, 19 juillet 1831; Paris, 12 janvier 1833 (*J. P.*, à leurs dates); SAUVEUR, *Loi vicin.*, n° 87.

Nous ne le pensons pas, et nous ne sommes pas seuls de cet avis (1).

Nous remarquerons d'abord que ces nombreux arrêts, d'accord sur le principe, sont loin de s'entendre sur la qualification à donner au droit de plantation. Les uns prétendent qu'il constitue un accessoire de la propriété du chemin. Les autres disent qu'il consiste en un simple droit de servitude. Enfin d'autres soutiennent qu'il est un accessoire de la propriété riveraine, un droit de voisinage incombant à cette propriété, un droit *sui generis* indépendant de la libre circulation et pouvant coexister avec elle.

L'embarras de ces divers arrêts provient évidemment de la difficulté de combiner de pareils droits d'usage, quel que soit le nom qu'on veuille leur donner, avec le principe d'imprescriptibilité du domaine public, affranchi par la révolution française de tous les anciens droits régaux, féodaux ou seigneuriaux.

On n'a pas considéré que le droit de planter était un simple droit de concession, soit dans les mains des seigneurs, soit dans celles des particuliers.

Nous verrons plus loin que si le droit de concession avait une apparence réelle sous l'ancien régime, il était, dans tous les cas, essentiellement *révocable*. (Voyez nos 163-170.)

La question se réduit donc à savoir si le droit de plantation sur les chemins publics a été respecté par

(1) Garnier, *Chemins*, p. 311; Isambert, *Traité des chemins vicinaux*; De Brouckere et Tielemans, v° *Arbres*; Dalloz, *Rép.*, v° *Voirie par terre*, nos 166 et suiv.; Labye, *Revue de l'adm. belge*, t. III, p. 164 et suiv.

les lois révolutionnaires comme droit acquis dans les mains des particuliers, et avec un caractère d'irrévocabilité qu'il ne comportait même pas auparavant.

121. Il est universellement reconnu que tous droits des seigneurs ont été indistinctement abolis par les lois révolutionnaires des 4-11 août 1789, 15-28 mars 1790, 26 juillet 1790, 25-28 août 1792, 17 juillet 1795; que spécialement le droit *de voirie* et le droit de plantis qui en était la suite ont été enlevés aux seigneurs, *sur toute espèce de chemins publics*, par les lois des 26 juillet 1790 et 9 ventôse an XIII; que la propriété même des arbres qu'ils avaient pu planter est passée de leur tête sur celle des riverains, conformément à la loi du 28 août 1792; que la loi du 9 ventôse an XIII, tout en prohibant les plantations sur la largeur des chemins vicinaux, maintint l'obligation des riverains de planter le long de la grande voirie, mais uniquement sur le sol même de l'État, et en leur adjugeant la propriété des arbres; que le décret du 16 décembre 1811 imposa la même obligation, mais en adjugeant à l'État seulement la propriété des arbres plantés à l'avenir sur le sol même de la grande route.

Il n'est pas moins incontestable que, par suite des lois abolitives de la féodalité, les grands chemins publics sont rentrés dans le domaine public général, et les chemins vicinaux ont été compris dans le domaine public municipal (1), libres de toute espèce d'entraves et de servitudes possibles dans l'avenir.

(1) Lois des 26 juillet-15 août 1790, 22 novembre 1790, 6 octobre 1791,

122. Nous avons déjà visé le monument de droit public le plus remarquable de cette époque, le décret du 22 novembre-1er décembre 1790, rénovateur des principes du droit romain. (Voy. n° 75.)

Ce décret établit la grande distinction entre le domaine public proprement dit et le domaine de l'État.

Il revendiqua les droits imprescriptibles de la nation.

Il proclama nulle ou révocable toute concession faite sur le domaine public ou sur le domaine de l'État, sans un décret formel de la nation.

Il supprima les droits utiles et honorifiques ci-devant appelés *régaliens;* il les déclara non communicables ni cessibles, et annula toute concession de droits de ce genre. Il déclara révocable toute aliénation de l'ancien domaine.

Et c'est en conséquence de ce décret que la loi du 14 ventôse an VII est venue révoquer, à peu d'exceptions près, toutes aliénations de l'ancien domaine de l'État ou de la couronne, consenties par les gouvernements précédents postérieurement à l'édit de Moulins de février 1566.

123. En présence d'un ensemble de lois aussi explicites, il est permis de s'étonner que l'on hésite encore à supprimer dans les deux Flandres, en Belgique, l'ancien droit de plantation concédé aux particuliers

28 août-14 septembre 1792, 10-11 juin 1793, 10 frimaire an II et 11 frimaire an VII; arrêté cons., 24 vendémiaire an XI; discussions sur l'article 538 du code civil. — Voy. DALLOZ, v° *Voirie par terre*, n° 568; MERLIN, *Rép.*, v° *Chemin public*, n° 3, etc.; arr. Bruxelles, 19 janvier 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 377).

Digitized by Google

ou prescrit par eux sur le sol des chemins vicinaux.

Il est plus surprenant encore de rencontrer quelques nouveaux arrêts cherchant à rattacher ce droit à celui de la propriété privée des riverains sur le sol des chemins publics (1).

Nous avons déjà réfuté suffisamment ce système impossible. (Voy. nos 89 et suiv.)

Il importe fort peu d'observer si le pays était allodial ou féodal; le résultat est parfaitement le même. De deux choses l'une : ou le particulier a acquis son droit de la voirie ou de la juridiction du seigneur justicier; ou il l'a acquis directement de l'autorité du prince.

Dans les deux cas, le droit de plantis puisait sa source dans la concession, et le particulier ne pouvait certes être plus puissant que son auteur.

Dans les deux cas également, les longues considérations qui précèdent établissent que la nouvelle législation n'a, pas plus que l'ancienne, envisagé une pareille concession comme un droit irrévocablement acquis. Ou elle est essentiellement révocable, si elle a sa cause dans l'octroi de la puissance souveraine. Ou elle est radicalement nulle, en vertu des lois des 26 juillet 1790 et 9 ventôse an XIII, si elle a sa source dans le droit féodal aboli, dans les anciens droits de justice.

« Les droits de justice ou de directe, dit très-bien Championnière, se sont éteints, quel que fût celui qui les exerçait; *il était seigneur en ce point*, et la nature

(1) Arr. cass. B., 10 février 1865 (*Pas. B.*, 1865, I, 280); arr. Gand, 1er juillet 1863 (*Pas. B.*, 1863, II, 317 et 325); *id.*, 23 février 1867 (*Pas. B.*, 1868, II, 100); *id.*, 30 décembre 1868 (*Pas. B.*, 1869, II, 265).

des profits qui lui étaient transmis n'avait point changé... Ainsi le concessionnaire d'un droit de justice ou d'un élément de la directe les a perdus (1). »

Dans le chapitre suivant, nous démontrerons plus spécialement encore le principe essentiel de révocabilité des anciennes concessions.

Remarquons également qu'il est oiseux de distinguer si le droit de plantation a été concédé expressément aux particuliers, ou s'ils l'ont prescrit antérieurement aux lois modernes.

La prescription n'a jamais pu conférer plus de droits que le titre même de la concession, qu'elle pouvait simplement remplacer à cette époque.

124. Pour écarter des principes aussi fondamentaux, on argumente, il est vrai, de l'art. 8 de la loi du 26 juillet 1790, des art. 14-18 de la loi du 28 août 1792 et de l'art. 7 de la loi du 9 ventôse an XIII.

Cette argumentation laisse beaucoup à désirer, et ces dispositions se rétorquent bien plus puissamment contre ceux qui s'en prévalent.

On a déjà répondu que les lois des 26 juillet 1790 et 28 août 1792 ne s'étaient occupées que du sort des arbres alors existants sur les chemins vicinaux, après la suppression du plantis féodal; que l'art. 8 de la loi du 26 juillet 1790 réservait le droit de renouveler les plantations uniquement aux divers propriétaires du sol.

Il a été observé aussi fort judicieusement que l'art. 7

(1) CHAMPIONNIÈRE, *Propr. eaux cour.*, n° 411.

Digitized by Google

de la loi du 9 ventôse an XIII, loin d'accorder aux riverains la propriété du sol des chemins vicinaux ou le droit d'y planter, a voulu, bien au contraire, leur défendre à l'avenir l'exercice d'un pareil droit, *même sur la partie riveraine de leurs propriétés privées contiguës et destinées à servir de complément au chemin, à devenir publiques* (1).

125. On a beaucoup abusé des expressions quelque peu ambiguës de l'art. 7 de la loi du 9 ventôse an XIII :

« A l'avenir, nul ne pourra planter sur *le bord* des chemins vicinaux, *même dans sa propriété*, sans leur conserver la largeur qui leur aura été fixée en exécution de l'article précédent. »

Ces termes ne peuvent avoir d'autre signification que celle que nous venons de leur donner, de l'autorité des décisions judiciaires et des auteurs recueillis dans la note précédente (1).

A la première vue, cette disposition, telle qu'elle est formulée, semble faire supposer chez les riverains le maintien de l'ancien droit de plantation sur le chemin lui-même.

Mais plus on réfléchit, plus on acquiert la conviction que cette loi, pas plus que les lois des 26 juillet 1790 et 28 août 1792, n'a voulu, par des lambeaux de

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 496 et suiv.; MERLIN, vo *Arbres;* DE BROUCKERE et TIELEMANS, vo *Arbres*, § 2; ISAMBERT, *Chem. vicin.*, nos 562, 565, 575 et suiv., 586, 635; arr. Bruxelles, 4 mai 1841 (*Pas. B.*, 1842, II, 87); jug. d'Anvers, 23 février 1844 (*Belg. jud.*, t. II, p. 1135); jug. de Bruxelles, 6 août 1855 (*Belg. jud.*, t. XIV, p. 71); jug. d'Arlon, 16 juin 1869 (*Jurisp. trib. belg.*, t. XVIII, p. 476).

phrases, déroger aux principes fondamentaux du droit et du domaine public, consacrés par les décrets organiques de l'Assemblée constituante.

L'art. 7 de la loi de ventôse n'autorise rien sur le sol public; il se borne à défendre.

« Il veut, dit son rapporteur Miot, qu'une fois la largeur des chemins vicinaux déterminée par l'administration, personne ne puisse plus la restreindre; et il oblige tout propriétaire qui plantera sur *le bord* des chemins vicinaux à la respecter (1). »

Et quelle est cette largeur?

L'art. 6 la porte légalement à six mètres; il autorise l'administration à donner sur le sol des propriétés riveraines le complément nécessaire pour atteindre cette largeur; mais aussi il maintient *toute la largeur des chemins vicinaux qui excèdent actuellement cette dimension.*

Il résulte donc de l'exposé des motifs, des art. 6 et 7 combinés de la loi de ventôse, qu'il est formellement interdit aux riverains de planter *sur toute la largeur intégrale*, actuelle ou future, du sol des chemins vicinaux; qu'ainsi est disparu à jamais l'ancien droit de plantation des propriétaires riverains.

En France, on applique nos principes sans contestation depuis la loi du 21 mai 1836, conférant aux préfets le droit de statuer sur tout ce qui est relatif aux plantations. Et Dalloz qui, avec MM. Isambert, Garnier et Henrion, combattait d'abord notre opinion, re-

(1) Sirey, 5, 2, 163.

Digitized by Google

connaît aujourd'hui qu'il n'existe pas de présomption de propriété pour les riverains qui ont planté après le décret du 28 août 1792 (1).

126. Abordons maintenant les nouvelles lois vicinales, la loi française du 21 mai 1836 et la loi belge du 10 avril 1841.

Ces nouvelles lois ont-elles voulu déroger aux principes de droit public sanctionnés par les décrets de la Révolution?

Loin d'y déroger, elles n'ont fait qu'y adhérer énergiquement.

Ces deux lois proclament en toutes lettres l'*imprescriptibilité* du sol des chemins vicinaux reconnus comme tels par l'administration. Elles réservent simplement aux riverains leur action, s'ils établissent que le sol qui a servi à la confection du chemin vicinal était leur propriété.

La loi belge reconnaît aux communes le droit exclusif de prescrire acquisitivement la propriété du sol par dix ou vingt ans à dater de la confection de l'atlas; et l'inscription à l'atlas est simplement *déclarative* du droit de propriété de la commune. En France, elle est au contraire *constitutive* de ce droit; et les propriétaires riverains dépossédés n'ont qu'une action en indemnité, prescriptible au bout de deux ans.

Telle est la seule différence de principe qu'il y ait entre la législation des deux pays.

La nouvelle législation n'admet donc pas la distinc-

(1) Dalloz, v° *Voirie par terre*, n°s 626 et suiv., 639.

tion que l'on veut y introduire arbitrairement entre la publicicité *quoad solum* et la publicité *quoad usum tantùm*. (Voy. n° 102.)

127. M. Sauveur avait très-bien établi que, sous le régime de la féodalité, un chemin n'était vicinal que pour autant que sa *propriété* et son *usage* fussent dans le domaine public (1). Nous ne comprenons pas comment cet auteur abandonne sa thèse lorsqu'il se trouve en face de la nouvelle loi vicinale belge, et aille jusqu'à prétendre avec Delebecque que les simples servitudes publiques de passage sont comprises par la loi au nombre des voies vicinales (2).

Il fonde cette nouvelle opinion : 1° sur quelques monuments de la jurisprudence belge; 2° sur les motifs et la discussion de la loi; 3° sur le texte des art. 10, 12 et 29 de cette même loi.

Les arrêts qu'il invoque préconisent plutôt la thèse opposée. Ils se bornent à établir, ce que nous avons toujours soutenu, que les communes peuvent acquérir par prescription la domanialité des chemins ou sentiers publics non légalement constitués, et qu'il ne faut pas confondre avec de simples servitudes de passage, non susceptibles de prescription acquisitive (art. 691 du code civil). (Voy. n° 104.)

Le même jurisconsulte avait lui-même antérieurement démontré, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'à la différence du sol, la simple servitude de pas-

(1) Sauveur, *Théorie de la vicinalité*, *Revue de l'adm.*, t. IV, p. 999.
(2) Sauveur, *Comment. de la loi du* 10 *avril* 1841, n°s 3, 75, 281; Delebecque, *id.*, n° 80.

sage au profit des habitants d'une commune devait subir les règles admises en matière de servitudes ordinaires (1).

128. On se prévaut de l'esprit et des discussions de la loi, où les opinions les plus diverses se sont manifestées. Mais, à cet égard, M. Delebecque prouve parfaitement que la loi n'a rien voulu décider relativement à la définition et à la propriété des chemins vicinaux; qu'elle a abandonné ce soin aux plans et tableaux de l'administration, qui, disait l'exposé des motifs, *indiqueront ceux qui sont véritablement vicinaux, ceux qui ne sont que des servitudes, ceux qui ne sont que des sentiers* (2).

Il y a plus, M. Delebecque rapporte un amendement de M. de Theux tendant à faire déclarer vicinales et imprescriptibles les *simples servitudes de passage*, contrairement au texte de l'art. 706 du code civil, ainsi qu'un amendement de la section centrale tendant à faire déclarer de pareilles servitudes prescriptibles au profit des communes, contrairement à la prohibition de l'art. 691 du même code. Et il constate l'échec définitif de ces deux amendements, conformément aux vrais principes qui dominent la matière (3). (Voy. n° 90.)

129. Sera-t-on plus heureux à invoquer les textes des art. 10, 12 et 29 de la loi belge?

Les art. 10 et 12 disposent, il est vrai, *sans préjudice des droits de propriété, des droits qui en dérivent,*

(1) SAUVEUR, *Revue de l'adm. belge*, t. II, p. 1023.
(2) DELEBECQUE, *Comment. de la loi du 10 avril 1841*, n°s 9 et 10.
(3) DELEBECQUE, *id.*, n°s 74-82.

des droits acquis. Mais, ainsi que l'observe M. Delebecque (1), la loi n'a voulu prendre par là qu'une simple précaution sur abondante. Elle n'a voulu rien reconnaître ni rien enlever. Elle a voulu réserver les questions de propriété au pouvoir judiciaire, quand le domaine public se trouve en conflit avec des intérêts privés.

« Ce qui est certain, disait M. Dubus aîné, c'est que cette clause ne fait que consacrer le respect de ces droits acquis, *sans reconnaître pour cela qu'il y en ait. Ce n'est qu'une réserve, et rien de plus.* » (*Moniteur* du 8 février 1840.)

C'est le même esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 29, lorsqu'il prévoit le cas où le fonds *appartiendrait* au propriétaire. La loi fait là une simple supposition, qui peut très-bien se réaliser dans le cas où le domaine public ne serait pas encore légalement constitué, et sans rien affirmer quant au principe de propriété des anciens chemins vicinaux, principe auquel on n'a pas voulu toucher.

L'article 29 se réfère à l'article 10, où l'on voit que l'inscription du nouvel atlas des chemins vicinaux pourrait englober des fonds ou des chemins privés, que les particuliers sont en droit de réclamer en justice, et que de son côté la commune peut prescrire acquisitivement.

130. Dans le même ordre d'idées, M. Sauveur devait fatalement être amené à soutenir qu'aujourd'hui encore, en Belgique, le droit de plantation sur les chemins vicinaux continue, à titre de droit acquis, à appar-

(1) Delebecque, *Comment. de la loi du 10 avril 1841*, nos 64, 84.

Digitized by Google

tenir aux propriétaires riverains, que ce droit est compatible avec le service public qui affecte ces chemins et avec le principe de leur imprescriptibilité (1).

C'est précisément là retomber dans les anciens abus que la révolution française a voulu proscrire, et fouler aux pieds les vrais principes du droit romain, qu'elle a voulu restaurer complétement.

M. Sauveur invoque quelques fragments détachés de discours prononcés au Sénat et à la Chambre des représentants. Mais il est beaucoup plus juste de reproduire les discussions tout entières, alors surtout que toutes les opinions s'y sont fait jour, à propos de l'ancien droit de plantation des riverains dans les Flandres.

C'est ainsi que procède M. Delebecque et que cet auteur conclut très-conséquemment avec les votes émis dans les deux Chambres.

« Tout, dit-il, reste donc, quant aux plantations, sous l'empire de la législation suivie jusqu'à ce jour en cette matière...

« De cette longue discussion il résulte que s'il est vrai que les sénateurs qui ont insisté pour l'adoption de la deuxième disposition de l'art. 13, avaient en vue la conservation pour les riverains du droit de planter, à titre d'indemnité pour la charge d'entretien, on n'a pas cependant reconnu de corrélation nécessaire entre ce droit et cette obligation. *Aussi le droit de plantation n'a pas été, par la loi nouvelle, consacré en faveur des riverains qui resteraient chargés de l'entretien* (2) ! »

(1) SAUVEUR, *Comment. de la loi du* 10 *avril* 1841, n° 87.

(2) DELEBECQUE, *loc. cit.*, n°s 6 et 95.

131. Les nouveaux arrêts relatifs aux Flandres, et que nous avons déjà cités plus haut, se prévalent aussi à peu près des mêmes arguments que ceux auxquels nous venons de répondre. Mais ces arrêts vont plus loin que M. Sauveur. Ils soutiennent que le droit est réel, irrévocable, et peut être prescrit acquisitivement par les riverains à titre de propriété ou de servitude. (Voy. n° 119.)

M. Sauveur, au contraire, ne considère plus guère aujourd'hui le droit de plantation des riverains que comme un droit de concession, qui peut se prescrire, à son avis, mais plutôt *apparent* que *réel*, dérivant de la commune à titre de pouvoir administratif, et non à titre de propriétaire, par conséquent toujours révocable, sauf indemnité (1).

132. Les cours d'eau non navigables ni flottables doivent-ils être assimilés aux chemins publics de la petite voirie?

On serait tenté de le croire, lorsque l'on compulse les ouvrages de quelques auteurs modernes, où nous lisons que les cours d'eau et les chemins ont subi les mêmes vicissitudes; qu'ils offrent une origine et une nature identiques; que les grands chemins correspondent aux fleuves et rivières navigables ou flottables; que les petits chemins publics ou vicinaux correspondent aux rivières non navigables ni flottables, et qu'enfin les ruisseaux correspondent aux chemins privés.

(1) SAUVEUR, *Comment. de la loi du* 10 *avril* 1841, n° 87.

Digitized by Google

Cette doctrine est fort séduisante, il est vrai; mais elle ne repose sur aucune base solide.

Dans notre précédent Traité, nous avons démontré que le droit moderne envisage les ruisseaux et tous cours d'eau non navigables ni flottables comme des propriétés privées et communes des riverains (1).

Si aucune disposition du droit moderne ne place ces cours d'eau parmi les choses du domaine public, si ce droit les oppose, au contraire, aux rivières navigables et flottables, nous allons voir que la législation antérieure au code civil ne leur a pas davantage conféré le moindre caractère de publicité.

133. Sous ce point de vue, le droit romain est fort mal commenté par la plupart des auteurs. On enseigne qu'en principe les Romains reconnaissaient que toutes les rivières, navigables ou non, comportaient une même nature *publique* (2); et l'on ne fait exception que pour les ruisseaux, dont le caractère privé est consacré trop positivement par le droit romain (3).

C'est là précisément un principe que M. Championnière a puissamment rétorqué (4).

Ce savant jurisconsulte démontre que primitivement, selon le partage, il y avait, dans l'ancien droit romain antéjustinianéen, des fleuves et rivières qui étaient l'objet d'attributions privées, comme il y avait des fleuves, des rivières et même des ruisseaux qui appar-

(1) *Traité de la Possession*, nos 591-603.
(2) Troplong, *Prescr.*, no 145; Comte, *Propr.*, chap. XVI.
(3) L. 1, D., 43, 12; L. 1, D., 43, 13; LL. 5 et 6, D, X, 1.
(4) Championnière, *Propr. des eaux courantes*, chap. III.

tenaient à l'État; et que le Digeste conserve les traces de cette distinction.

Toutefois, cet auteur n'a pas tiré de sa démonstration les conséquences importantes qui en dérivent.

Les titres 12 et 13 du livre 43 du Digeste nous apprennent qu'il y avait originairement trois espèces de fleuves, les fleuves privés, les fleuves publics navigables et les fleuves publics non navigables.

Tous les fleuves, rivières ou ruisseaux appartenant à l'Etat, d'après le partage ou l'attribution, s'appelaient *publics* dans le sens large du mot.

Les textes qui parlent des cours d'eau dans ce sens, comprennent évidemment au nombre des choses publiques les rivières non navigables et les ruisseaux possédés par la nation romaine.

Mais nous avons vu plus haut que les mots *res publicæ* s'entendaient de deux manières différentes en droit romain, aussi bien dans le sens large que dans le sens étroit, et que le sens étroit se référait au domaine public proprement dit. (Voy. nos 30, 31, 39, 49 et 79.)

134. Plusieurs textes de lois s'appliquent aux rivières publiques comprises dans ce sens restreint.

Ils déclarent qu'on entend par rivières publiques proprement dites celles qui ont un cours continuel, un cours réglé, QUÆ FLUUNT, QUOD PERENNE SIT, QUOD SEMPER FLUAT, « *publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Hæc sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis* (1). »

(1) LL. 1, §§ 2 et 3, et 3, pr. D., 43, 12.

Cette dernière sentence est d'Ulpien. Et le même jurisconsulte entendait encore les rivières publiques dans le même sens, lorsqu'il distinguait ailleurs les choses publiques des choses particulières et des *res nullius*, et qu'il comprenait au nombre des choses publiques les lieux, les chemins et les fleuves publics, « *publica, de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis* (1). »

C'est dans ce sens également que Marcien opposait les fleuves et ports publics à la mer et aux autres choses communes, et qu'il ajoutait : « *Sed flumina pœne omnia et portus publica sunt* (2). »

Enfin c'est dans le même sens que Justinien, dans ses Institutes, distinguait aussi les fleuves publics et les ports des choses communes, des choses particulières, etc., et qu'il disait : « *Quædam enim naturali jure communia sunt omnium*, QUÆDAM PUBLICA, *quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum...* FLUMINA OMNIA ET PORTUS PUBLICA SUNT (3). »

Pothier avait donc parfaitement saisi l'esprit de la loi romaine dans le droit Justinianéen lorsque, par opposition aux rivières non navigables, il enseignait qu'en droit romain les fleuves proprement dits *étaient des choses publiques, dont la propriété appartenait au peuple romain et dont l'usage était laissé à tout le monde* (4).

Ainsi insensiblement, et notoirement sous Justinien, tous les grandes fleuves indistinctement, à l'exclusion

(1) L. 1, pr. D., 43, 1.
(2) L. 4, § 1er. D., 1, 8
(3) *Instit.*, liv. II, tit. 1, pr. et § 2.
(4) POTHIER. *Propr.*, nos 52 et 53.

Digitized by Google

des rivières non navigables et *à fortiori* des ruisseaux, constituèrent *des choses publiques proprement dites* (*in usu publico*); et les rivières non navigables furent la propriété ordinaire de l'État ou de ceux dont elles traversaient les domaines (1).

135. Sous le régime féodal, la législation vint-elle à changer, et quel fut le sort des cours d'eau non navigables?

Il ne fut pas évidemment celui des grands chemins et des rivières navigables ou flottables, que nous avons vus soumis aux mêmes vicissitudes et rester dans le domaine public, malgré les usurpations successives des seigneurs et des rois. (Voy. nos 55 et suiv.)

Il ne fut pas davantage celui des petits chemins publics ou vicinaux qui, comme nous venons de le démontrer, conservèrent également un caractère de publicité, en dépit des droits et prérogatives des seigneurs.

A la différence des chemins publics et des rivières navigables ou flottables, les cours d'eau non navigables quelconques gardèrent leur nature de chose privée, restèrent toujours dans le commerce; ils ne furent jamais déclarés inaliénables ou imprescriptibles, et jamais le droit public ne gouverna leur destination.

Si les petites rivières sont demeurées, du temps de la féodalité, sous l'empire du droit privé, il s'agit aussi de savoir en quelles mains a passé le domaine privé de ces choses.

C'est ici que surgit une des plus vives controverses

(1) Voy. DAVIEL, *Cours d'eau*, t. II, nos 530 et suiv.

qui aient jamais existé (1) et qui, dans l'ancien droit, se réduisait à deux grands systèmes.

Les uns prétendaient que les petites rivières appartenaient exclusivement aux seigneurs; qu'ils en avaient la police et la pleine propriété (2).

Mais parmi ces auteurs il en est qui faisaient exception pour les ruisseaux attribués aux particuliers (3).

D'autres soutenaient, au contraire, que les petites rivières appartenaient, comme elles ont toujours appartenu, aux propriétaires riverains; que ce n'est qu'en cette dernière qualité, ou par la possession, qu'elles pouvaient échoir aux seigneurs féodaux ou justiciers; qu'elles étaient en principe *domanii privati*, du domaine des particuliers, et par conséquent seulement du domaine des hauts justiciers, comme riverains ou *à défaut d'autre maître* (4).

(1) Voy. DALLOZ, *Nouv. Rép.*, v° *Eaux*, n°s 208 et suiv.

(2) LOYSEL, *Instit. cout.*, liv. II, t. II; BOUTEILLER, *Somme rurale*, tit. LXXIII; DESPEISSES, tit. V, art. 3, sect. IX, n° 1; LAPOIX-FREMINVILLE, *Pratique des terriers*, t. IV, p. 426; LAROCHE-FLAVIN, *Droits seign.*, chap. XVII, art. 1er; BOUTARIC, *Instit.*, liv. II, t. Ier, § 2; DUPARC-POULLAIN, t. II, p. 398; DELALANDE, *Cout. d'Orléans*, art. 169, n° 6; COQUILLE, sur l'art. 1er, tit. XVI, de Nivernais; LEBRET, *Souver.*, liv. II, chap. XV. — Voy. aussi HENRION DE PANSEY, *Diss. féod.*, v° *Eaux*, § 7, et *Compét.*, chap. XXVI, § 2.

(3) LOYSEL, BOUTARIC, DUPARC-POULLAIN, LEGRAND et DELALANDE, *loc. cit.*

(4) LEGRAND, *Cout. Troyes*, tit. X, art. 179; LOYSEAU, *Seign.*, chapitre XII, n°s 120 et 133; POTHIER, *Propr.*, n°s 52, 53, 84, 159, 161, 164; BACQUET, *Droits de just.*, chap. XXX, n° 25; BOUCHEUL, *Cout. Poitou*, art. 40; BOËRIUS, décis. 352, n° 5, et *Cout. de Bourges*, § 5; HÉVIN, consult. 53; RICARD, *Cout. Senlis*, tit. XIII, art. 268; FERRIÈRE, *Instit.*, liv. II, tit. Ier, § 2; SOUCHET, *Cout. d'Angoumois, titre des fiefs*, chap. Ier, art. 29, n° 44. — Voy. aussi MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Pêche*, § 1er; DAVIEL, *Cours d'eau*, t. II, n°s 530 et suiv.

Digitized by Google

136. Nous partageons ce dernier sentiment, qui a le mérite de se concilier parfaitement avec l'autre opinion. Certes nous ne contestons pas que les seigneurs justiciers aient cherché à s'emparer de tous les droits utiles que les petits cours d'eau pouvaient offrir, comme ils se sont emparés des droits utiles dont les petits chemins publics étaient susceptibles. Et c'est ainsi qu'à titre de leurs justices, ils ont sans contredit usurpé le droit de pêche, de moulins, les péages et le droit de disposer des eaux sans maître, à l'instar de tous biens incultes ou vacants.

Nous ne contestons pas davantage qu'il y ait eu également, à cet égard, une longue lutte entre la royauté et la noblesse, la même que celle qui avait surgi à l'égard des chemins publics et des grandes rivières.

Par de nombreux édits, les rois de France s'efforcèrent de régler la pêche, de lutter contre les priviléges de pêche, de chasse, de barrages et de péages, dont les nobles et le clergé s'étaient emparés sur les routes, sur les grandes et petites rivières (1).

Mais les rois, n'ayant pas sur les ruisseaux et les petites rivières le même droit de souveraineté que sur les choses publiques, durent naturellement abandonner la lutte.

Malgré les ordonnances d'avril 1567 et de 1667, ils ne réussirent pas davantage à enlever aux seigneurs

(1) Etablissements Louis IX de 1270, art. 124; ordonn. Philippe IV de 1292; ordonn. Philippe VI du 29 mai 1346; ordonn. Charles VI du 25 mai 1413; ordonn. Charles VII du 30 juin 1438. — Voy. Comte, *Propr.*, chap. XVI.

Digitized by Google

leurs droits aux vacants, la faculté de s'emparer des cours d'eau sans maître. Les seigneurs furent maintenus dans la possession de ces droits par la plupart des coutumes, jusqu'à l'époque de la révolution française (loi du 20 avril 1791).

Les rois se réservèrent les droits sur le grand domaine public; ils se bornèrent à déclarer, par l'ordonnance de 1669, que les fleuves et rivières navigables faisaient partie du domaine de la couronne.

137. Par une semblable déclaration, les rois maintenaient virtuellement les droits primitifs des propriétaires riverains, dont aucune loi ni aucun édit ne les a jamais dépouillés antérieurement ou postérieurement. En effet, ces propriétaires riverains pouvaient se composer de simples particuliers ou de seigneurs féodaux.

Mais jamais les seigneurs justiciers ne purent s'emparer, simplement à titre de leurs justices, de la propriété des petits cours d'eau. Jamais la justice n'entraîna la propriété d'une partie du territoire; elle ne pouvait produire que des droits utiles et des impôts du genre de ceux dont nous venons de parler : *fief et justice n'ont rien de commun.*

Ce n'est qu'au XVIe siècle que le fief et la justice se confondirent et que les justiciers s'emparèrent de la propriété des portions du territoire qui n'étaient pas encore inféodées : *Nulle terre sans seigneur*. Ce ne peut donc être qu'en leur qualité de propriétaires du sol que les seigneurs justiciers aient pu être investis également de la propriété des petits cours d'eau qui le traversent.

Il suffit de lire les traités de MM. Daviel, Comte et

Championnière pour en être entièrement convaincu (1).

Ils démontrent à toute évidence l'erreur de notre jurisprudence lorsqu'elle proclame hautement que, sous l'empire de la législation féodale, la propriété des petites rivières non navigables appartenait aux ci-devant seigneurs, comme droit dérivant de l'autorité publique.

Ils établissent qu'il n'existe ni dans la loi barbare, ni dans les coutumes, ni dans les ordonnances royales, un seul texte qui leur en suppose la propriété à ce titre.

Ils prouvent que l'ancienne jurisprudence n'a jamais consacré que des possessions particulières et diverses; que la majorité des auteurs supposait l'appropriation des riverains; que, depuis la domination romaine jusqu'à la révolution de 1789, une série non interrompue d'actes publics, privés, authentiques et multipliés montre sans cesse les cours d'eau non navigables *dans le commerce* et soumis, comme auparavant, au même droit que les héritages voisins.

Enfin ils en concluent que les lois abolitives de la féodalité n'ont pu anéantir, dans les droits seigneuriaux sur les petites rivières, que quelques vestiges d'abus, quelques droits de pêche ou de péages et la faculté de disposer des eaux sans maître; qu'elles n'ont pu détruire ce que les seigneurs pouvaient posséder *à titre domanial*; qu'ainsi, loin de rejeter les petites rivières du domaine privé, elles les y ont, au contraire, consolidées.

Cette conclusion est d'autant plus juste que le domaine privé des riverains est reconnu par toutes les législa-

(1) Daviel, *Cours d'eau*, t. II, nos 530 et suiv.; Comte, *Propr.*, chapitre XVI; Championnière, *Traité des eaux courantes*.

tions étrangères, y compris celles de l'Allemagne et de l'Angleterre, où les principes du droit féodal gouvernent encore le régime des eaux courantes.

MM. Daviel et Championnière ont fait l'exposé de toutes ces législations étrangères; et il en résulte un argument bien puissant en faveur du droit naturel des riverains.

138. Quel que soit le système que l'on embrasse, nous aimons à constater dans tous les cas qu'il est impossible de voir un droit public dans la possession des seigneurs, à l'égard des petites rivières.

Les auteurs qui attribuent aux seigneurs la propriété des petites rivières conviennent eux-mêmes que cette propriété est purement privée, qu'elle n'est nullement publique, qu'elle n'est donc ni hors du commerce, ni aliénable, ni imprescriptible.

Ils la rangent, au contraire, parmi les choses qui sont dans le commerce, aliénables et prescriptibles.

« Les petites rivières sont dans le commerce, disait Henrion... Tout ce qui tombe en convention tombe en prescription. Voilà le principe fondamental, et ce principe est infiniment respectable. C'est la base sur laquelle repose la majeure partie des propriétés. Or, les rivières sont absolument dans le commerce, le propriétaire peut les vendre, les donner, les échanger, les affermer, etc. Les rivières peuvent donc se prescrire; le propriétaire peut en être dépouillé par la voie de la prescription (1). »

(1) Henrion de Pansey, *Dissert. féod.*, v° *Eaux*, § 13.

Ici se place une observation essentielle faite fort justement par Championnière.

« Si d'un côté, enseigne cet auteur, l'attribution faite au seigneur féodal de la jouissance ou de la propriété des rivières constate ce droit dans le domaine privé, de l'autre il ne faut pas conclure que toute attribution semblable au seigneur justicier ait pour lui caractère de domaine attaché à la puissance publique.

« Jamais le seigneur justicier n'a possédé propriétairement à titre de justicier; jamais il n'a eu de domaine attaché à sa justice...

« L'interversion opérée dans la règle coutumière *Nulle terre sans seigneur* a eu pour effet de transformer le seigneur justicier en seigneur féodal de toutes les terres qui n'étaient pas déjà comprises dans un fief. Toutes les possessions redevables d'un cens sont devenues pour leurs possesseurs simples domaines utiles, et, pour le seigneur justicier, domaines directs...

« Le résultat de cette innovation dans les droits du justicier n'a donc pas été, comme on pourrait le croire, d'attacher à la justice seigneuriale un élément nouveau dérogeant au principe que la justice n'a rien de commun avec le domaine; la nature propre de cette institution, son caractère essentiellement distinct et même exclusif du droit de propriété n'ont été en rien modifiés; c'est le justicier qui a gagné, non la justice; ce seigneur a été supposé féodal de toutes les terres qu'un autre ne possédait pas à ce titre; il a réuni le fief et la justice là où auparavant il n'avait que la justice, et il a

possédé à titre de fief le territoire soumis à sa justice (1). »

139. De ces considérations importantes résulte aussi toute l'absurdité du nouveau système moderne qui méconnaît complétement le caractère privé des petites rivières, et qui consiste à ranger aujourd'hui les petits cours d'eau non navigables ni flottables parmi les choses *nullius* ou parmi celles du domaine public.

Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que, même en matière d'eaux publiques, les seigneurs n'en ont jamais joui à titre de droit public; que les seigneurs, à aucune époque quelconque, n'ont possédé de domaine public particulier. (Voy. n° 54.)

Les lois abolitives de la féodalité n'ont pas changé la nature des droits de propriété; elles n'ont pu que les affranchir des anciennes lois féodales, des anciens droits seigneuriaux, des liens qui les assujettissaient soit aux seigneurs féodaux, soit aux hauts justiciers.

Elles ont laissé dans le domaine public ce qui était de domaine public, et dans le commerce privé ce qui était de domaine privé; elles n'ont anéanti que les sujétions seigneuriales, et notamment, en matière de petites rivières, les droits de pêche, de moulins, d'étangs, d'irrigation, le droit de s'emparer des eaux sans maître.

Ce qui était fief s'est converti en alleu; la propriété des rivières est simplement devenue libre en mains de ses anciens possesseurs; elle est restée libre en mains

(1) CHAMPIONNIÈRE, *Propr. des eaux cour.*, n°s 351 et 190.

des alleutiers dans les alleux, du seigneur dans son domaine, du vassal dans son fief, du censitaire dans sa censive.

« Si les rivières navigables, disait Merlin, étaient réellement, avant les décrets de 1789, dans la propriété des seigneurs, n'en doutons pas, elles y sont encore, et les droits qu'ils y ont exercés jusqu'à cette époque, notamment celui des cours d'eau, doivent encore leur appartenir (1). »

L'État ni le domaine public n'a donc rien pu acquérir dans le domaine des droits féodaux abolis; il n'en a pas été l'héritier. Et s'il exerce aujourd'hui quelques droits de l'ancien seigneur, par exemple, l'appropriation des fonds sans maître, il ne puise pas ces attributions dans les lois abolitives des droits féodaux, mais dans des lois nouvelles et distinctes (art. 713 du code civil) (2).

(1) MERLIN, *Quest. de dr.*, v° *Cours d'eau*, § Ier.
(2) Voy. CHAMPIONNIÈRE, *Propr. des eaux cour.*, chap. XI.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

DE L'USAGE DES CHOSES PUBLIQUES.

---

140. Quoique l'usage soit inséparable de la propriété du sol des choses publiques, il n'en est pas moins utile de les distinguer dans leur for intérieur et dans leurs rapports externes.

Le droit de propriété s'envisage vis-à-vis du public pris en masse (*ut universi*), que l'État ou la nation représente et personnifie. L'État, au nom de ce public collectif, peut ainsi le posséder et le prescrire; et son action, à cet égard, est toute *économique et privée*. L'administration intervient à titre de simple tutelle.

L'usage s'envisage plutôt vis-à-vis des membres du public pris isolément (*ut singuli*). L'intervention de l'État a lieu à titre de puissance publique, d'autorité, de gouvernement. L'administration agit comme pouvoir administratif. Sa principale mission consiste à veiller

Digitized by Google

à ce que le droit d'un particulier ne s'exerce pas au détriment des autres. Et c'est pour faciliter et assurer cette tâche que la loi a placé les choses publiques hors du commerce, qu'elle a soustrait leur usage à l'empire des lois ordinaires de la propriété privée pour le mettre sous la sauvegarde des règles du droit public.

Ces règles ne sont pas toujours les mêmes. Les droits d'usage ne s'exercent pas toujours de la même manière; ils diffèrent selon qu'ils se pratiquent d'après la loi commune ou par la voie privilégiée de la concession administrative.

---

§ Ier. *De la nature du droit d'usage ordinaire.*

141. En droit romain, la nature de ce droit était parfaitement caractérisée.

« *Loca enim publica,* disait Ulpien, *utique privatorum usibus deserviunt,* JURE SCILICET CIVITATIS, NON QUASI PROPRIA CUJUSQUE (1). »

Si chaque membre du public ne jouissait pas à titre de droit propre, s'il ne jouissait qu'à titre de droit de cité, il s'ensuivait que sa jouissance ne devait pas être confondue avec la possession juridique *animo dominii;* qu'elle se confondait avec une simple occupation ou détention précaire et qu'elle n'était pas protégée par l'interdit possessoire ordinaire *uti possidetis.*

« *Hoc interdictum in omnibus etiam possessionibus*

(1) L. 2, § 2, D., 43, 8.

quæ sunt soli, sine dubio locum habebit; DUMMODO POSSIDERI POTEST (1).

« *Forum autem et basilicam,* HISQUE SIMILIA NON POSSIDENT, *sed* PROMISCUÈ HIS UTUNTUR (2).

« *Fluminum publicorum* COMMUNIS *est usus, sicuti viarum publicarum et littorum* (3). »

142. Le droit de chaque citoyen n'était donc pas un droit privé et exclusif, susceptible de possession ; c'était un droit public, un droit de cité qui s'exerçait généralement gratuitement, en commun, confusément, sans distinction entre les citoyens (*promiscuè*).

Chacun ne pouvait donc posséder privativement *et pro suo* (*ut singulus*). Il ne pouvait qu'occuper précairement, que posséder au nom de la société tout entière, du public considéré dans son ensemble (*ut universi*). Il n'était pas un copropriétaire indivis.

Chacun n'usait que d'une faculté sociale et commune, d'un droit public personnel et précaire, d'un droit égal à celui des autres, d'un droit qui appartenait à tous.

Et chacun ne pouvait intervertir le titre de sa possession précaire, car le droit romain plaçait déjà les choses publiques hors du commerce.

« *Ut sacra et religiosa loca,* AUT QUORUM COMMERCIUM NON SIT, UT PUBLICA, *quæ non in pecuniâ populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius* (4). »

Non-seulement la propriété du sol des choses pu-

(1) L. 1, § 8, D., 43, 17.
(2) L. 1, § 22, D., 41, 2.
(3) L. 24, pr., D., 39, 2.
(4) L. 6, pr., D., 18, 1.

bliques était imprescriptible, mais il en était de même de leur usage : *præscriptio temporis juri publico non debet obsistere* (1).

143. La pureté de ces notions a traversé le moyen âge et a pénétré dans la doctrine et la jurisprudence modernes.

Connanus dit très-bien, à propos des eaux publiques, que l'on a le droit d'y puiser : *quum id non tanquàm dominus, sed ut civis et unus ex populo facere videtur* (2).

D'Argentré dit également :

« *In usu publico sunt quæ cuique de civitate... patent ad usum,* ÆQUO JURE, CUM RELIQUO POPULO, COMMUNI SCILICET ET PROMISCUA FACULTATE UTENDI; SED NULLO CUJUSQUE TAMEN PROPRIO AUT PARTICULARI JURE. *Hoc genere sunt basilicæ, fora, theatra, vici, campi suburbani urbibus quibusdam, ut Romæ campus Martius, deambulationes, circi...; quibus omnibus quilibet de populo utitur,* SED NULLO PRIVATO AUT PROPRIO JURE. *Ideòque talem usum nec vendere alteri, nec cedere, nec emere quisquam posset... talia extrà omne commercium sunt, ideòque nec præscribi possunt, quantòcunque teneantur* (3). »

Dunod tient à peu près le même langage (4).

144. Les auteurs et les arrêts modernes sont entièrement conformes à cette saine doctrine.

(1) L. 6, c. VIII, 12.
(2) CONNANUS, liv. III, chap. II, n° 3, col. 1.
(3) D'ARGENTRÉ sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII.
(4) DUNOD, *Prescr.*, liv. Ier, chap. XII.

Ils admettent que la jouissance est collective ; que personne n'a le droit d'en jouir à l'exclusion des autres ; que chacun a la faculté d'en user selon sa position et ses besoins, en se conformant aux règlements de l'administration (1).

Nous parlons, bien entendu, en général ; car il est des choses publiques, telles que le domaine public militaire et certains édifices publics, par exemple, où l'usage n'est accessible qu'au second degré, qu'à certains membres, qu'à certaines catégories du public. (Voy. nos 154 et 155.)

L'usage des choses publiques s'exerçant sur un sol placé hors du commerce et imprescriptible, il s'ensuit qu'il ne peut constituer qu'un acte de simple faculté également imprescriptible, ne pouvant fonder ni possession ni prescription ; que les particuliers ne peuvent jamais passer de l'usage à la propriété.

« Personne, dit Pardessus, n'a le droit d'en jouir à l'exclusion des autres : chacun a la faculté d'en user selon sa position et ses besoins, en se conformant aux règlements d'ordre et de police. Pour les uns, l'exercice de cette faculté est plus étendu ou plus répété ; pour ceux-là, il est plus resserré ou plus rare ; pour d'autres, il n'est rien. Mais celui qui use davantage n'a pas plus de droit que celui qui use moins, ni que celui qui n'use pas du tout. La possession est collective : les actes des individus la constituent et la conservent pour

(1) Pardessus, *Servit.*, nos 21, 36 ; Vazeille, *Prescr.*, no 59 ; Proudhon, *Dom. publ.*, nos 642 et suiv.

l'État, la commune et les communautés; mais ils ne font rien acquérir de personnel à chacun; ils ne fondent pour les personnes, d'après les termes mêmes de l'art. 2232, ni possession ni prescription (1). »

145. Si l'usage des choses publiques ne peut jamais constituer qu'une simple faculté de droit politique personnelle à chacun et commune à tous, inaliénable et imprescriptible, *à fortiori* ne peut-il être considéré comme *une servitude* (2).

La servitude est un droit réel, supposant aussi un fonds dominant, qui fait ici complétement défaut. Et d'ailleurs nous établirons que le domaine public n'est pas susceptible de la moindre charge réelle. (Voyez nos 205 et suiv.)

Si l'usage collectif des citoyens ne peut être une servitude établie sur le sol d'autrui, ainsi que nous l'avons démontré (nos 45, 87-92, 123, 179), l'usage particulier de chacun est encore moins capable d'être grevé de droits de cette espèce.

146. Nous l'avons suffisamment expliqué dans le chapitre premier de notre ouvrage.

C'est incontestablement au pouvoir administratif de l'État qu'il incombe de tracer les règlements d'administration et de police relatifs à l'usage des choses publiques. C'est à lui qu'il appartient souverainement de régler et de distribuer convenablement la répartition

(1) Pardessus, *loc. cit.*, et n° 102; *sic* Troplong, *Prescr.*, n° 144 *in fine*; Dunod, *Prescr.*, liv. Ier, chap. XII, p. 88.

(2) Pardessus, *loc. cit.*, n° 40; Cœpolla, *Servit.*, tr. I, chap. XIV, n° 15; chap. XL, n° 3; *id.*, tr. 2, chap. IV, n° 46.

des usages publics; et ces règlements sont sanctionnés par des peines que la loi commine.

Telle est la sanction la plus ordinaire du droit d'usage.

Notons ici une différence fondamentale entre le système politique du droit romain et celui de nos institutions modernes.

En droit romain, la liberté de l'usage public était entendue d'une façon beaucoup moins restrictive. La loi romaine, née d'un principe de liberté absolue, abandonnait une plus large part qu'aujourd'hui à la satisfaction des besoins publics.

Elle accordait à chacun la faculté de profiter de tous les avantages qu'il pouvait tirer des choses publiques, pourvu qu'il respectât le droit des autres, l'usage général ou la destination de la chose publique.

Ainsi, par exemple, dans les rivières et fleuves publics, le droit romain permettait en principe à quiconque d'y faire des prises d'eau, d'y pêcher, d'y tenir des bateaux et des bacs, etc., sous la condition que l'on respectât le droit de navigation (1).

Ainsi, sur les rivages de la mer, il était permis de faire des ouvrages, de bâtir, pourvu que l'on ne nuisît pas à l'usage public, que l'on n'incommodât pas les ports ou la navigation (2).

C'est encore ainsi que dans les portes et murs d'une

(1) L 17, D., 8, 3; L. 2, D., 43, 12; LL. 1, pr., et §§ 12 et 18, D., *h. t.* L. 1, pr., 42, 14; *Instit.*, liv. II, t. I, §§ 2 et 4; etc.
(2) LL. 2, § 8, et 4, D., 43, 8; L. 1, § 17, D., 43, 12.

ville, dans les lieux sacrés ou religieux, on pouvait faire tous ouvrages qui ne pouvaient rien gâter ou incommoder (1).

147. Par contre, l'action du pouvoir se relâchait en proportion de l'étendue des droits du public.

Cela ne veut pas dire que le droit romain sacrifiait les droits de tous aux prétentions ou aux intérêts de quelques-uns. Bien au contraire, il limitait les droits de l'un par les droits des autres. Chacun pouvait profiter de tous les avantages possibles, pourvu qu'il respectât dans les autres un droit égal au sien, qu'il ne leur causât aucun dommage en entravant l'exercice de la destination de la chose publique, de la navigation, de la circulation, etc.

Mais le droit romain ne connaissait pas notre système préventif. Il s'abandonnait aux soins de l'intérêt privé; l'intérêt individuel était le gardien de l'intérêt public. Le rôle de l'administration de l'État se bornait à de simples mesures répressives; son action se décentralisait au profit de la masse des citoyens (2).

Ces mesures répressives consistaient, en effet, en de nombreux interdits introduits par les préteurs concernant les différentes choses du domaine, et sur lesquels les particuliers se fondaient pour intenter une action.

Ces nombreux interdits spéciaux, extraordinaires et perpétuels n'avaient rien de commun avec les interdits possessoires, inapplicables au domaine public de la

(1) LL. 2 et 1, § 2, D., 43, 6.
(2) Comte, *Propr.*, chap. XVI *in fine*.

part des particuliers, puisque ces derniers ne pouvaient le posséder et que cette possession restait exclusivement dans les mains de l'État général ou municipal (1).

Les édits des préteurs avaient soin d'énoncer que ces interdits spéciaux ne pouvaient jamais s'appliquer aux biens ou lieux appartenant à des particuliers, et qu'ils devaient être complétement distingués des interdits possessoires (2).

Ces interdits publics et non possessoires sont renfermés dans les fragments du Digeste, et principalement dans le livre XLIII. Ils ont trait aux lieux sacrés, aux lieux et chemins publics, aux rivières publiques, aux égouts publics, aux rivages de la mer, etc.

Au moyen de ces interdits, les citoyens pouvaient non-seulement demander la jouissance des lieux, des chemins et des choses publiques (3), mais encore ils avaient le droit de s'opposer à ce que l'on en gênât l'usage. Il en existait aussi qui permettaient de demander la destruction des travaux entrepris, et, en certains cas, d'exiger une caution pour les dommages futurs (4).

Ainsi, non-seulement ils étaient prohibitoires, parfois même ils étaient restitutoires.

Et quand il n'y avait pas d'interdit spécial octroyé par les préteurs, les citoyens pouvaient se servir de l'*actio injuriarum*, par exemple, pour pêcher ou naviguer dans la mer, pour se livrer aux jeux sur la place

(1) L. 25, D., VIII, 6.
(2) LL. 2, §§ 4 et 5, D., 43, 8, etc.
(3) L. 1, D., 43, 7; L. 2, § 2, D., 43, 8; L. 11, C. 3, 34, etc.
(4) L. 7, pr., D., 39, 2; L. 1, D., 43, 15.

publique, se baigner dans les établissements de bains publics, jouir d'un spectacle public, etc. (1).

148. Ce système de décentralisation du pouvoir, d'une part, et de liberté absolue de l'usage, d'autre part, avait des tendances à se modifier sous le règne des empereurs romains.

Nous voyons, dans le droit Justinianéen, l'administration impériale intervenir pour assurer aux citoyens l'usage des principales choses publiques et étendre le régime des *concessions*.

149. Mais tout le système administratif du droit romain ne devait pas tarder à crouler sous l'ère féodale, qui succéda à la chute de l'empire romain.

On peut lire, dans les traités de MM. Championnière et Comte, l'intéressant historique des envahissements des seigneurs sur les rivières et les chemins publics (2). Nous avons déjà fait connaître les luttes que la royauté eut à soutenir contre la noblesse laïque et ecclésiastique pour lui arracher les droits qu'elle s'était arrogés sur cette branche principale du domaine public. Nous avons vu que la royauté avait fini par triompher en absorbant les droits de police, et par ranger ce domaine parmi les biens de la couronne, *par le seul titre de sa souveraineté*. (Voy. n°s 52, 53, 57, 58, 109.)

Malheureusement, les monarques qui, sous prétexte des droits publics, avaient eu raison de la noblesse, ne furent pas plutôt maîtres de la place qu'ils ne songèrent

(1) L. 2, § 9, D., 43, 8; L. 13, D., 47, 10.

(2) Championnière, *Propr. des eaux cour.*; Comte, *Propr.*, chapitres XVI et XX.

plus qu'à en profiter habilement aux dépens des citoyens. Ils songèrent que les choses publiques leur coûtaient plus qu'elles ne leur rapportaient ; ils imaginèrent la création du *petit domaine* qu'ils placèrent dans le commerce (à la différence du *grand domaine*) ; et ils rangèrent parmi les objets de ce petit domaine toutes les productions utiles et concessibles des choses publiques. Nous avons constaté toutefois que les principes de la propriété, de son imprescriptibilité et de l'usage public parvinrent à surnager au milieu du naufrage. (Voyez nos 63 et suiv., 103 et suiv.)

Cela n'empêche que les choses publiques furent livrées au despotisme des rois ; que les droits primitifs du public furent considérablement réduits et se résumèrent en ceux qu'il était impossible au prince de méconnaître, qu'il ne pouvait concéder avec profit et sans abdiquer les prérogatives de sa haute souveraineté (1).

En outre, les concessions multiples dont les choses publiques furent assaillies n'offraient plus le caractère éminemment personnel qui les distinguait sous le régime de l'empire romain. Elles prirent un caractère beaucoup plus réel, et devinrent susceptibles même de prescription de la part des seigneurs et des particuliers. (Voyez nos 163 et suiv.)

150. Au milieu de semblables institutions politiques, il se produisit donc un système diamétralement opposé au système romain. Avec la restriction des libertés, l'administration se centralisa complétement dans la

(1) Comte, *Propr.*, chap. XVI *in fine*.

Digitized by Google

personne du maître, et la plupart des droits de cité se convertirent en octrois ou permissions du prince souverain.

L'action individuelle fit place à l'action collective et centrale du gouvernement. Des ordonnances et des édits des souverains surgirent dans tous les pays. Ils réglementèrent l'administration interne et la police des usages publics; et ces règlements furent sanctionnés par des peines selon la qualité des faits et les circonstances.

Dans nos contrées, l'ordonnance de 1669 restreignit presque toutes les anciennes libertés concédées sur les rivières publiques; et un édit de février 1710 vint même jusqu'à interdire toute espèce d'occupation et d'entreprise sur les rivages de la mer.

Domat énumère les différentes règles générales et ordonnances de cette époque, auxquelles l'usage des choses publiques était complétement assujetti dans les provinces françaises; et il cite notamment l'ordonnance de 1567, titre XVII, relativement à la police générale et à la commination des peines.

De plus, cet auteur ajoute que, selon cette ordonnance, si des particuliers souffraient quelques dommages des entreprises faites contre la police des lieux publics, il était pourvu à leur dédommagement par des condamnations contre ceux qui auraient causé le préjudice (1).

M. De la Mare traite aussi, dans un remarquable ouvrage sur la police, des nombreux édits et ordon-

(1) Domat, *Droit publ.*, liv. 1er, tit. VIII, sect. II.

Digitized by Google

nances qui concernent l'administration des usages publics (1).

151. L'abolition du régime féodal, prononcée en 1789 par la révolution française, restitua aux choses publiques leur véritable nature, et les délivra entièrement de leur ancienne servitude. Elles furent affranchies des concessions et droits féodaux qui pesaient si lourdement sur elles; puis le décret du 22 novembre 1790 les fit passer du domaine de la couronne directement dans le domaine de la nation, leur seul et véritable propriétaire, en proclamant la révocabilité des concessions.

C'était un pas vers le retour aux anciens principes du droit romain.

On voulut aller plus loin quant aux usages publics et à leur administration.

Les lois révolutionnaires essayèrent, dans le principe, de rétablir le système de liberté absolue pratiqué par les Romains. Mais ces lois ne furent pas de longue durée.

Ainsi la loi du 27 septembre 1791 avait restitué à tout propriétaire riverain le droit de faire des prises d'eau dans les rivières publiques sans nuire à la navigation, droit qui avait été aboli par l'ordonnance de 1669. Mais un arrêté du Directoire du 19 ventôse an VI, suivi de l'art. 644 du code civil, ne tarda pas à retirer ce droit au public qui en avait abusé.

Ainsi le décret du 25 août 1792 avait accordé à tout citoyen la liberté de tenir sur les rivières navigables

(1) De la Mare, *Traité de la police*, t. IV.

des bacs, coches et bateaux. Cette liberté fut bientôt détruite par la loi du 6 frimaire an VII, qui transféra le droit à l'État.

Ainsi encore, différents décrets, notamment celui du 6 juillet 1793, avaient restauré le principe de la liberté de la pêche dans les fleuves et rivières navigables; mais la loi du 14 floréal an X le fit également disparaître.

L'influence de l'ordonnance de 1669 et des autres lois monarchiques continua donc à s'étendre sur notre législation moderne.

Et l'administration des usages publics conserva son ancienne centralisation au profit de l'État substitué à l'absolutisme.

152. Dans les discussions sur les art. 537 et 538 du code civil, nous avons déjà eu l'occasion de signaler les discours de MM. Treilhard et Savoye-Rollin, rapporteurs au Corps législatif et au Tribunat. Nous les avons entendu déclarer que l'usage des choses publiques n'était pas du domaine du code civil; qu'il était du ressort *d'un code de droit public ou de lois administratives*. (Voy. n° 44.)

La législation moderne possède en effet une foule de dispositions administratives qui ne sont pas réunies en un code général, mais qui forment un ensemble de règles spéciales au domaine public et qui diffèrent selon la nature particulière de son objet (1).

Ces règles remplacent celles des anciennes ordonnances et sont sanctionnées également par des peines

(1) Voy. PARDESSUS, *Servit.*, n°s 36 et suiv.

que la loi permet d'édicter, soit au pouvoir central, soit au pouvoir préfectoral ou provincial, soit au pouvoir communal, selon qu'il s'agit des choses du domaine public général, provincial ou municipal.

153. Toutefois, indépendamment de son recours au pouvoir administratif, le particulier lésé jouit encore, comme autrefois, d'une action judiciaire en dommages-intérêts contre tous ceux qui l'ont empêché de profiter librement des usages de la chose publique. S'ils ne jouissent plus des interdits spéciaux et extraordinaires accordés par les préteurs romains, les citoyens ne sont pas ainsi dépouillés, au profit des agents de l'autorité publique, du droit de défendre leurs intérêts particuliers. Quiconque use de ce droit n'use pas du droit d'autrui, du droit de la société prise collectivement et représentée par les administrateurs légaux de l'État ou de la commune : il use d'un droit public, d'un droit de cité qui lui appartient, puisqu'il est commun à tous (1); ce droit seulement ne peut lui faire rien acquérir de privatif et de personnel, à l'exclusion des autres membres de la société.

Mais l'action est circonscrite à la postulation des dommages-intérêts, du chef du préjudice personnel qu'il éprouve par suite du trouble direct apporté à l'exercice d'un droit public incontestable. Elle ne peut plus avoir le caractère prohibitoire ou restitutoire des anciens

(1) Mon *Traité de la Possession*, nos 331 et 341 ; PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 16, 645 ; COMTE, *Propr.*, chap. XXI ; PARDESSUS, *Servit.*, no 336 *in fine*.

interdits du droit romain, qui ne sont pas consacrés dans le droit public moderne. L'intérêt individuel n'est plus aujourd'hui le gardien de l'intérêt collectif, et il n'appartient plus à chacun de s'immiscer, par voie réparatrice ou autrement, dans l'administration interne ou dans la police des usages publics. L'individu qui agirait de la sorte n'userait plus d'une faculté de droit politique qui lui est *propre;* il userait du droit de la commune ou de l'administration générale.

Nous approuvons donc la doctrine de Pardessus, lorsqu'il fait observer avec Cœpolla que l'usage des choses du domaine public général ou municipal ne peut être considéré comme une *servitude;* que cet usage n'a rien de réel; que ceux qui jouissent des routes, des places, etc., ne peuvent s'opposer à ce que d'autres s'en servent, quelque incommodité qu'ils en éprouvent; parce que l'usage qu'eux-mêmes font de ces rues, de ces places, etc., n'est pas l'effet d'un droit individuel et exclusif, et qu'à la police seule il appartient de déterminer les restrictions ou les conditions de cet usage (1).

A plus forte raison n'appartiendrait-il pas personnellement aux particuliers de demander en justice, soit au possessoire, soit au pétitoire, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, la réintégration de biens placés légalement hors du commerce.

Nous avons déjà traité ailleurs *in extenso* cette question, et la grande controverse des auteurs et des arrêts

(1) Pardessus, *Servit.*, n° 40; Cœpolla, *Servit.*, tr. I, chap. XIV n° 10 et chap. XLII, n° 3; Toullier, *De rebus meræ facult.*, p. 187.

Digitized by Google

qui s'y rattache; et nous avons indiqué la seule solution rationnelle qu'il faut suivre (1).

154. Des notions historiques qui précèdent, il résulte qu'aujourd'hui toutes les choses publiques sont loin de présenter un régime commun, quant à la jouissance de leur usage.

L'administration chargée de la répartition de cette jouissance ne procède pas de la même façon pour tous les objets du domaine public.

En général, tous les citoyens peuvent toujours, il est vrai, en jouir concurremment et en commun, ainsi que cela se voit dans les ports, les havres, les rades, les rivages des fleuves, les chemins, les places, les rues, les marchés, les cimetières, etc.

Mais il est d'autres biens qui ne sont offerts au public que d'une manière beaucoup plus restreinte. Nous venons d'en voir des exemples en matière de rivières navigables ou flottables, de rivages de la mer (2).

155. La nature des choses offre aussi parfois des exceptions à la règle générale de communauté.

Il en est, en effet, dont l'usage n'est, sous aucun rapport, offert aux citoyens en cette seule qualité : tels sont le domaine public militaire, les prisons, les édifices publics, etc. (3). Il est clair que, dans ces cas, la destination spéciale de cette partie du domaine indique suffisamment que son accès ne peut être permis qu'à une certaine catégorie du public, qu'à des agents par-

(1) Mon *Traité de la Possession*, nos 326 et suiv.
(2) PARDESSUS, *Servit.*, n° 37.
(3) PARDESSUS, *Servit.*, n° 38.

ticuliers, sous certaines conditions et à des temps déterminés.

Enfin il en est aussi, comme les mines proprement dites, dont l'usage est interdit à tout le monde avant la concession (art. 5 de la loi du 21 avril 1810). Quoique ces choses soient mises sous séquestre et comprises dans le domaine public en vue des besoins et des usages publics, la séquestration ne protége que les intérêts futurs, les besoins de l'avenir. Et il devait en être ainsi, afin d'éviter le gaspillage et la ruine de ces richesses minérales publiques.

§ 2. *De la nature du droit d'usage par concession.*

156. La concession, en matière de domaine public, n'est pas autre chose qu'un mode de réglementation de l'usage octroyé par le pouvoir administratif, et en forme de privilége.

La concession est un produit de la centralisation administrative. Nous venons de la voir régner avec l'empire romain, dominer orgueilleusement sous l'ère féodale et continuer à subsister dans nos institutions modernes, qui toutefois lui rendirent son cachet primitif de personnalité.

L'État, en sa double qualité de propriétaire du domaine public et de dépositaire de la puissance publique, peut incontestablement déterminer la manière dont il entend que les usages soient exercés par le public ; son administration est souveraine à cet égard. Il a le droit d'en disposer à titre gratuit ou à titre onéreux, sans

Digitized by Google

redevance ou avec redevance. Nous établirons ce point. (Voy. nos 41, 230, 231.)

157. Le but d'un bon gouvernement doit avoir pour tendance libérale d'accorder gratuitement les libertés et jouissances publiques, et de restreindre les concessions le plus possible.

Ainsi que nous venons de le voir, en principe, l'usage des choses publiques doit, pour correspondre à son but d'utilité et même de nécessité sociale, s'exercer généralement d'une manière commune, gratuite, confusément et sans distinction entre les citoyens (*promiscuè*).

Mais, à la rigueur, comme dit Pardessus, « il n'est point contre la nature des choses que le gouvernement, ou l'autorité municipale dûment autorisée, concède sur des immeubles, même consacrés aux services publics, certains usages qui n'empêchent pas toujours qu'ils ne continuent de remplir leur destination (1). »

Il arriva même parfois que la cupidité du fisc alla jusqu'à octroyer l'utilité entière de la chose publique, mais toujours à charge de respecter sa destination.

158. Comment appeler ce contrat qui intervient entre l'Etat et les particuliers, soit pour l'utilité partielle de la chose, soit pour son utilité entière?

Puisque la chose est placée hors du commerce, elle ne peut faire l'objet d'aucun contrat du droit civil ordinaire. (Voy. nos 197-200.)

Mais le droit romain nous apprend que pareil contrat s'appelait *permissus vel concessio*.

(1) Pardessus, *Servit.*, no 41.

Ainsi, s'agit-il des portes et des murs d'une ville fortifiée, personne ne pouvait y demeurer sans une permission expresse du souverain, *sine permissu principis* (1).

S'agit-il d'ouvrages quelconques à pratiquer dans un lieu public, la loi les défendait expressément aussi longtemps qu'ils n'avaient pas été légalement concédés, *præterquàm quo lege, senatuconsulto, edicto, decretove principum tibi concessum est* (2), *nisi fortè in jure tibi concesso ædificaveras* (3).

La loi ajoutait qu'une simple concession du prince sous-entend toujours la condition qu'elle ne puisse incommoder personne, à moins qu'elle n'en dispose autrement, *neque sic conceditur, nisi fortè quis hoc impetraverit* (4).

Elle faisait en outre observer que la concession faite par le président ou le curateur d'une ville ou république ne suffisait pas pour conférer une exception ou un privilége, *exceptionem locum non habere;* que s'il avait le pouvoir de soigner les lieux publics, il n'avait pas celui de faire des concessions, tant que la loi municipale ou le souverain ne lui en avait pas donné le droit; *quià etsi ei locorum publicorum procuratio data est,* CONCESSIO TAMEN DATA NON EST; *hoc ita verùm si non lex municipalis curatori reipublicæ ampliùs concedat; sed et si à principe, vel ab eo cui princeps* HOC JUS CONCEDENDI *dederit; idem erit probandum* (5).

(1) L. 3, D., 43, 16.
(2) L. 2, pr., D. 43, 8.
(3) L. 2, § 15, D., *h. t.*
(4) L. 2, § 16, D., *h. t.*
(5) L. 3, § 4, D., 43, 24.

Dans le Code justinianéen, nous voyons, comme au Digeste, les empereurs romains qualifier également de *concessio, concessiones,* les immunités ou les priviléges qu'ils accordaient sur les places ou lieux publics (1).

159. Lorsque la concession avait lieu à titre onéreux et comportait l'usage partiel et privatif de la chose publique, la redevance imposée s'appelait *vectigal solarium*; et l'impôt s'appelait ainsi parce qu'il était payé pour le sol, *ex eo quod solo pendatur* (2). Cet impôt était recueilli par les intendants des finances (*generales financiarum*) et plus anciennement par les présidents des provinces (*præsides*) (3).

Lorsqu'elle avait lieu à titre onéreux et comportait l'usage entier de la chose publique, à charge de se conformer toutefois à sa destination, la concession revêtait le caractère d'une location administrative. C'est ainsi que l'on pouvait prendre à bail un lieu public, un lac ou un étang public.

Mais il ne s'ensuivait nullement que dans ces cas le bail subissait les règles d'une location ordinaire du droit civil.

Le bail était un contrat *sui generis,* exclusivement régi par les conditions spéciales qui y étaient apposées, *à lege locationis,* comme disait la loi romaine (4).

La redevance ne constituait pas un loyer proprement

(1) LL. 1 et 9, C. VIII, 12.
(2) L. 2, § 17, D., 43, 8.
(3) D'Argentré, *Cout. Bret.*, art. 266, chap. XXIII,
(4) LL. 1, pr., et 3, D., 43, 9.

dit (*merces*); elle prenait encore ici le titre d'impôt, *vectigal, vectigal publicum, vectigalia publica* (1). Et la loi romaine ajoute que par ces expressions on entend tous les impôts publics que le fisc levait sur certaines choses (2).

Sous cette législation, la concession ou location administrative pouvait embrasser les impôts publics eux-mêmes. On appelait *publicains* ceux qui tenaient à ferme les impôts publics (3); et ces publicains formaient dans l'État une communauté légale (4).

160. Si la redevance ne représentait pas le loyer du droit civil, les actions naissant du contrat lui étaient tout aussi étrangères. Le concessionnaire, pour défendre son droit, ne jouissait pas des actions ordinaires du louage, *actiones conducti*; il jouissait d'un interdit particulier et extraordinaire, qui se puisait uniquement dans le droit public, et que le préteur accordait pour éviter les troubles.

Nous trouvons des traces de cet interdit public dans le Digeste, tant pour assurer la jouissance des lacs et étangs publics concédés (5), que pour assurer celle de tous lieux publics affermés par l'État (6). Et le Digeste a soin de faire observer qu'il est clair que cet interdit a pour cause et pour but l'*utilité publique*,

(1) L. 1, § 1, D., 43, 9; L. 1, § 7, D., 43, 14.
(2) L. 17, § 1, D., 50, 16.
(3) L. 16, D., *h. t.*
(4) L. 1, pr., D., III, 4.
(5) L. 1, § 7, D., 43, 14.
(6) Voir D., 43, 9.

puisqu'il soutient la cause des revenus publics, *vectigalia publica*, en défendant de troubler celui qui a pris à bail un endroit public quelconque (1).

161. Ces données historiques, quoique fort négligées de nos temps, offrent beaucoup d'intérêt. Elles prouvent qu'en droit romain : 1° la concession, en matière de choses publiques, s'entendait exclusivement des exceptions ou priviléges que le pouvoir octroyait sur la répartition des usages publics; 2° elle n'avait rien de commun avec aucun des contrats du droit civil ordinaire; 3° le prix de la concession n'était pas autre chose qu'un impôt; 4° la concession était uniquement basée sur les règles du droit public.

Les effets de la concession se ressentaient de sa cause. Étrangère au droit civil, elle ne pouvait produire des effets civils. Elle ne pouvait ainsi engendrer ni le droit de propriété, ni celui d'usufruit, de servitude, ni aucun droit réel quelconque appartenant au droit privé.

162. Ainsi, le jurisconsulte Ulpien se demande si l'on peut réputer *servitude* le droit concédé de puiser de l'eau dans un fleuve au moyen d'une roue hydraulique, ainsi que tout droit qualifié de servitude et concédé sur un château fort, *castello si quis servitutem imposuerit*. Le jurisconsulte répond que, par un rescrit de l'empereur Antonin, il a été justement décidé que ces concessions n'avaient rien du droit de servitude, *servitus jure non valuit;* mais que néanmoins il

(1) L. 1, § 1, D., 43, 9.

fallait protéger celui qui en jouissait par une voie légitime quelconque (1).

Le même jurisconsulte enseignait que le concessionnaire d'une boutique d'orfévre ou autre sur un sol public ne pouvait pas disposer de ce sol; qu'il ne pouvait vendre que son droit de concession, *vendit, non solum, sed jus vendit*; que la boutique étant aussi publique que le sol, il ne lui incombait qu'un droit d'usage, *usus tantum ad privatos pertinet* (2).

La loi romaine disait encore que, quelle que soit l'époque où l'on ait bâti dans un lieu public, on ne peut jamais prétendre à l'acquisition de la propriété du sol, et on ne peut jamais, après son occupation, empêcher un autre de s'emparer du sol où l'on avait construit (3).

Il était même défendu de réparer l'édifice qui était construit sur un lieu public (4).

Le droit romain enseignait en outre que les choses publiques étaient toujours susceptibles d'être revendiquées; que leur usage était imprescriptible malgré toute concession; que l'administration avait toujours le droit de faire démolir en tout temps tout ce qui, dans un lieu public quelconque, peut nuire à la commodité ou à l'embellissement de la cité; que la prescription devait céder devant les règles du droit public, *præscriptio juri publico non debet obsistere, juri publico atque usui semper vindicari* (5).

(1) L., 2, D. VIII, 4.
(2) L. 32, D., VIII, 1.
(3) L. 45, D., 41, 3.
(4) L. 2, § 6, D., 43, 8.
(5) LL. 1, 4 et 6, C., *de oper. publ.*

Digitized by Google

Il est donc parfaitement établi que, sous l'empire du droit romain, la concession avait un caractère éminemment *personnel* et *révocable;* qu'elle n'était gouvernée que par des règles de droit public; qu'elle était complétement étrangère à celles du droit civil; que, par conséquent, elle ne pouvait produire aucun droit réel de propriété, d'usage, de servitude quelconque, et n'était susceptible ni de possession juridique, ni de prescription.

163. Ces simples notions élémentaires du droit de concession devaient s'altérer profondément dans nos provinces, après la chute de l'empire romain.

Subissant l'influence des institutions féodales, il eut le même sort que l'usage public ordinaire et tout ce qui était de droit public.

Il tomba dans le commerce, dans la puissance privée de tout seigneur, et de là dans la puissance publique des rois.

Nous avons constaté jusqu'à quel point ces derniers en abusèrent, comment il se fit que l'on put trafiquer de tous les droits utiles possibles, en tant qu'ils étaient compatibles avec la destination principale des choses publiques.

Nous avons aussi établi que l'ensemble de ces droits utiles et concessibles formait l'objet des *régales mineures* ou du *petit domaine;* que les souverains, abusant de leur puissance, placèrent ces droits dans le commerce; et qu'ainsi, de publics et personnels qu'ils étaient, ces droits devinrent privés, susceptibles de possession et de prescription de la part des seigneurs ou des parti-

Digitized by Google

culiers. (Voy. nos 53, 54, 60, 61, 67-70, 71-74, 109, 112, 113, 149.)

Les droits de concession, dans les temps féodaux, tiraient leur principale source dans ces petites régales, dans le pouvoir incontestable du prince de s'attribuer les fruits, les revenus et tous les profits utiles que produisait le domaine inaliénable de l'État, et notamment le domaine public.

Puisque ces fruits ou profits lui appartenaient, il avait le droit de les concéder, et il les concédait fréquemment aux seigneurs ou aux particuliers.

164. Quelle était la nature de ce droit de concession? Était-il le même que celui du droit romain?

Il est permis d'en douter, lorsque l'on compulse les anciens auteurs.

Nous venons de dire que le droit qui en naissait était dans le commerce, parfaitement aliénable et capable de prescription acquisitive.

C'était là une conséquence du principe enseigné par Dunod, que tout ce qui pouvait être acquis par un privilége ou une concession était également susceptible d'être acquis par la coutume ou par la prescription (1).

Il en concluait que les droits seigneuriaux extraordinaires et accidentels à la justice, tels que les droits de péages sur les rivières publiques, etc., étaient des priviléges sujets à la prescription (2).

Le droit de concession, de *personnel* qu'il était, était

(1) Dunod, *Prescr.*, part. I, chap. XIV, p. 113.
(2) Dunod, *Prescr.*, part. III, chap. XI, p. 373.

Digitized by Google

donc devenu en quelque sorte *réel* dans les mains des seigneurs ou des particuliers.

Cela n'offre rien d'étonnant, quand Dunod nous apprend lui-même que de son temps il en était ainsi, même de la juridiction et de la plupart des justices; qu'elles étaient héréditaires, patrimoniales *et rendues réelles, quoique personnelles de leur nature*; que l'on pouvait donc alors les acquérir par prescription (1).

A plus forte raison, cette conversion de nature a-t-elle pu se produire en matière de concessions du domaine public!

165. C'est une question fort épineuse de savoir si tous ces droits de concession et de justice conservèrent le même cachet réel et privé depuis le raffermissement du pouvoir royal et la constitution du domaine public en mains de la couronne jusqu'au moment de la révolution française.

Toujours est-il que, pendant cette période, la réalité de la concession ne présentait rien de comparable à une servitude ou à un droit quelconque formant un démembrement du droit de propriété; que la concession offrait donc plutôt une apparence qu'un fondement sérieux de réalité!

En tous cas, la concession, fût-elle réelle ou personnelle, était essentiellement *révocable*. Il ne pouvait appartenir aux princes de concéder, ni aux seigneurs ou aux particuliers d'acquérir des droits de cette espèce sur le sol des choses que les lois de l'époque avaient

(1) Dunod, *Prescr.*, part. III, chap. VIII.

Digitized by Google

placées expressément hors du commerce. Les souverains n'en étant pas eux-mêmes propriétaires, ainsi que nous l'avons prouvé (voy. nos 60, 111), il s'ensuivait que toute aliénation quelconque de leur part était considérée comme un simple engagement parfaitement révocable en tout temps.

L'ordonnance de 1669, titre XXVII, art. 41, et l'édit d'avril 1683 avaient appliqué ces principes aux droits d'usages privés concédés sur les rivières publiques antérieurement à l'édit de Moulins de 1566.

166. Les anciens auteurs ne sont pas moins explicites sur ce point.

Nous avons déjà relaté la doctrine de Dunod, qui admettait tous ces derniers principes concernant le domaine royal, dont les choses publiques faisaient alors partie à titre de droit de souveraineté.

« L'inaliénabilité du domaine, disait-il, étant en France une loi qui embrasse la police et la conservation du royaume, les aliénations qui s'en font, même par des édits et dans des cas de nécessité, ne sont que des *engagements*; en sorte que le roi peut toujours retirer ses domaines aliénés, en remboursant les acquéreurs, sans avoir égard à aucune approbation, confirmation ni laps de temps, quand il serait de plusieurs siècles.

« La raison qui établit l'inaliénabilité du domaine est que le souverain le tenant pour des causes qui regardent l'intérêt public, il n'en doit pas être regardé *comme propriétaire*, mais seulement comme usufruitier et administrateur (1). »

(1) Dunod, *Prescr.*, part. III, chap. V, p. 275.

Digitized by Google

167. D'Argentré établit spécialement la révocabilité des concessions sur les choses du domaine public proprement dit, et poursuivit de ses sarcasmes les usurpations des rois, qui s'étaient permis, au moyen des petites régales, de travestir les usages publics en usages privés.

Il protesta dans les termes suivants :

« *Publicæ aliæ sunt usibus publicis deputatæ, aliæ in pecuniâ communi et publicâ consistunt. In usu publico sunt quæ cuique de civitate... patent ad usum, æquo jure, cum reliquo populo, communi scilicet et promiscuâ facultate utendi, sed nullo cujusque tamen proprio aut particulari jure. Hoc genere sunt basilicæ, fora, theatra, vici, campi suburbani urbibus quibusdam, ut Romæ campus Martius, deambulationes, circi...; quibus omnibus quilibet de populo utitur, sed nullo privato aut proprio jure. Ideòque talem usum nec vendere alteri, nec cedere, nec emere quisquam posset...* TALIA EXTRA OMNE COMMERCIUM SUNT, *ideòque nec præscribi possunt, quantocunque teneantur.*

« *Nec si quis centum totos annos in publico inædificatum habuerit, ideò acquirit solum, nec reficeret quod destructum fuerit, nec in alium transferet : tametsi cum tale ædificium est, ex quo publico non nocetur, non protinùs tolli conveniat, sed* SOLARIUM *imponi soleat, quamdiù ædificatum consistit, quæ vulgo cura est eorum qui generales financiarum appellantur, et olim præsidum.* ERGO NULLO QUAMLIBET LONGO TEMPORE TALIA PRÆSCRIBUNTUR. (L. *usuc.* et D., l. ult. D. *de usuc.* et d. l. *præscriptio.*) *Præscriptio, inquit, jure publico non debet*

obsistere, atque ideò diruenda sunt omnia, quæ per diversas urbes, vel in foro, vel in publico quocumque loco contrà ornatum, aut commodum, aut decoram faciem civitatis extructa noscuntur. Præscriptio, inquit, ad obtinenda loca de jure publica CONCEDI *non solet.*

« *Hæc quidem jure vera,* QUANQUAM REGES USURPANT, TAMETSI NULLO JURE, *ut prætextu protectionis ejusmodi omnia cum libet* IN PRIVATA, *et fiscalia commoda contrahunt : et sæpè talia, aut locant, aut in censum dant, aut feudum, aut indicto solario* ALIENANT, *atque ista regalia volunt esse... Nec negandum, quin ista* IN PRIVATUM USUM INTERDUM A PRINCIPIBUS EX CAUSA REDIGANTUR (1). »

168. A la voix d'Argentré se joignait celle d'autres jurisconsultes éminents.

Cœpolla enseignait que les concessions ou priviléges accordés sur les choses publiques étaient essentiellement révocables, alors même qu'ils seraient acquis par d'autres :

« *Potest princeps superior tollere civitati vel domino inferiori potestatem statuendi super rebus publicis. Et est ratio, quia ex quo illa potestas, quam habet civitas disponendi de rebus publicis, leges concedendo, procedit aliàs, ut d. l. 2 pr. D. ne quid in loco publ.*, POTEST PER PRINCIPEM REVOCARI; QUONIAM NEDUM LEX POTEST REVOCARI PER PRINCIPEM, SED ETIAM PRIVILEGIUM CONCESSUM ETIAM PER PRÆDECESSOREM SUUM, AC ETIAM POSTQUAM EST AB ALIIS JUS QUÆSITUM (2). »

(1) D'ARGENTRÉ, *Cout. Bret.*, art. 266, chap. XXIII.
(2) CŒPOLLA, *Servit.*, tr. 2, chap. III, n° 23 *in fine.*

D'un autre côté, cet auteur enseignait également, conformément à la loi romaine, que tous droits de concession expresse ou tacite sur les chemins ou les fleuves publics ne constituaient pas des *droits réels de servitude* (1).

169. Et Domat, après avoir énoncé que les droits du souverain sur les choses publiques étaient d'une autre nature que ceux de la propriété ordinaire (2), faisait aussi observer que les droits d'usage concédés par les souverains puisaient leur source dans la puissance publique dont ils étaient armés, et qu'il qualifiait toutefois fort improprement de droit de police. (Voyez n° 14.)

« Il est de droit naturel, disait-il, qu'un lieu commun à tous étant une occasion continuelle de querelles et d'une infinité de mauvaises suites, il y soit pourvu par quelque police ; et il ne pouvait y en avoir de plus juste et de plus naturelle que de laisser au souverain à pourvoir à ces inconvénients. Car comme il est chargé du soin du repos public, que c'est à lui qu'appartient la police de l'ordre de la société, et que ce n'est qu'en sa personne que peut résider le droit aux choses qui peuvent être communes au public, *dont il est le chef*, c'est à lui *que cette qualité donne la dispensation et l'usage de ce droit pour le rendre utile au public* (3). »

170. Passons au droit public moderne.

(1) Cœpolla, tr. I, chap. XIV, n° 15, et chap. XL, n° 3 ; tr. II, chapitre IV, n° 46.

(2) Domat, *Droit publ.*, liv. Ier, tit. VI, sect. Ire, n° 7.

(3) Domat, *Droit publ.*, liv. Ier, t. VIII, sect. II, n° 1.

Le décret du 22 novembre-1er décembre 1790 et la loi du 14 ventôse an VII ne firent que rendre hommage aux anciens principes, lorsqu'ils déclarèrent révocables et révoquées, à part quelques rares exceptions, toutes aliénations du domaine faites postérieurement à l'édit de Moulins de février 1566.

Nous avons déjà plusieurs fois cité les lois révolutionnaires qui enlevèrent dans nos contrées à la concession sa cause féodale, son caractère de droit privé, aliénable et prescriptible. Nous avons cité, entre autres, le décret du 22 novembre 1790, qui vint restaurer les principes du droit romain, proclamer l'indisponibilité absolue des choses publiques, et déclarer essentiellement révocable toute concession faite sans l'assentiment de la nation.

Il faut donc appliquer en droit moderne les principes du droit romain que nous venons de développer.

Il faut dire, avec Dalloz, que la concession est un contrat public *sui generis*, qui ne se confond avec aucun des contrats du code civil; qu'elle a un nom propre et des principes qui n'appartiennent qu'à elle; que ces principes n'ont pas été jusqu'ici réunis en un code unique; mais qu'ils sont épars, selon la matière à laquelle la concession s'applique, dans une foule d'ordonnances, de décrets et d'actes administratifs (1).

« Lorsqu'il est question des choses publiques, disent MM. de Brouckere et Tielemans, ce n'est pas l'État, la province ou la commune considérée comme propriété-

(1) Dalloz, v° *Concession admin.*, n° 100.

taire qui en dispose, c'est l'autorité publique : et alors cette autorité agit à titre de *pouvoir*, au nom de l'intérêt commun qu'elle représente.

« Lorsqu'il est question de biens ou de droits susceptibles de propriété privée, l'État, la province ou la commune à qui ils appartiennent et qui en dispose, agit en qualité de personne civile ; c'est un propriétaire qui loue, cède ou donne sa chose ; et il tombe, comme tout autre particulier, sous l'application du droit commun. Dans ce cas, le mot de *concession* est impropre pour qualifier l'acte dont il s'agit, car en droit civil il n'existe pas d'actes qui portent ce nom ; il faut l'appeler *vente*, *donation* ou *bail*, suivant la nature des conventions avenues entre les parties contractantes. En d'autres termes, la concession se confond avec les contrats du droit civil (1). »

171. Ainsi, la loi du 9 vendémiaire an VI (art. 89) se sert d'un terme exact lorsqu'elle qualifie de *concession* le droit de percevoir une taxe aux barrières particulières établies sur les chemins publics.

Le décret du 23 prairial an XII (art. 11 et 12) se sert aussi d'une expression correcte, lorsqu'il appelle *concession* toute permission d'occuper dans les cimetières publics une place distincte et séparée pour des sépultures, des caveaux, des monuments ou tombeaux.

Il en est de même du décret du 30 décembre 1809 (art. 68 et 72), lorsqu'il traite fort justement de *conces-*

(1) De Brouckere et Tielemans, *Dict. adm.*, v° *Concession*.

Digitized by Google

sion le droit d'établir, dans les églises publiques, des bancs, des chapelles ou places particulières.

Et la loi belge du 19 juillet 1832 a eu également raison d'appeler *concession de péage* le droit de construire une route, etc., moyennant la jouissance d'un péage.

La jurisprudence est donc fort logique quand elle qualifie de concession : 1° le droit de construire un coup d'eau, une usine sur une rivière navigable (1); 2° celui de construire une route publique, un chemin de fer, un canal ou un pont public, moyennant la jouissance d'un péage (2).

172. Chaque fois qu'il s'agit d'un véritable acte de concession octroyé sur le domaine public, tant que dure sa destination, il ne peut jamais être question, en droit moderne comme en droit romain, que d'un acte relevant directement du droit public. Cet acte consiste uniquement en un règlement ou démembrement de l'usage public auquel la chose est destinée.

D'un côté, l'administration concédante puise son droit dans la puissance publique, que comporte nécessairement un domaine aussi souverain et aussi éminent que celui du domaine public, *et qu'il ne faut pas confondre avec celui de la propriété privée ordinaire.*

D'un autre côté, le concessionnaire puise le sien, non pas dans un droit privatif qui lui est propre, mais

(1) Arr. cass. B., 14 novembre 1844 (*Pas. B.*, 1846, I, 409).

(2) Arr. Bruxelles, 21 décembre 1844 (*Pas. B.*, 1848, II, 187); 3 mai 1854 (*Pas. B*, 1854, II, 264); arr. Gand, 8 août 1856 (*Pas. B.*, 1857, II, 261); arr. cass. B., 5 février 1853 (*Pas. B.*, 1853, I, 237).

dans un droit de cité public et commun à la jouissance de la chose, telle que la loi permet à l'administration de la régler.

Par la concession, l'administration ne peut donc octroyer, et le concessionnaire ne peut recevoir que des facultés ou des droits publics, personnels, précaires, essentiellement temporaires, révocables et de pure tolérance.

Les concessionnaires ne possèdent pas *ut singuli, et animo domini;* ils ne jouissent d'aucun droit réel de propriété, d'usage, d'usufruit, de servitude, etc., appartenant au domaine du droit privé, et qu'il serait d'ailleurs impossible à l'administration de constituer sur des choses mises expressément par la loi hors du commerce. Ils ne disposent pas davantage de leur concession par aucun des contrats du droit civil ordinaire.

Les concessionnaires peuvent uniquement posséder précairement *ut universi,* au nom de la société tout entière. Ils usent simplement d'une faculté de droit public.

173. Ainsi, le droit de concession comporte exactement la même nature que le droit d'usage public ordinaire. Il en diffère seulement en ce qu'il n'est pas aussi conforme aux principes d'égalité et de liberté absolue, en ce qu'il est plus ou moins étendu. Le pouvoir vient ici restreindre l'exercice de certaines facultés qui appartenaient à tous pour ne l'attribuer qu'à certaines personnes, à titre de priviléges ou d'avantages particuliers.

Et le prix de la concession n'est pas autre chose qu'un impôt, que l'ancien *solarium vectigale* du droit

romain, impôt fort juste comme représentatif de l'indemnité due à la société, en compensation du privilége que la concession procure dans la répartition des usages publics.

La doctrine et la jurisprudence appliquent tous ces principes aux différents objets du domaine public (1).

Ce sont ces règles que la jurisprudence ne cesse de consacrer, notamment en matière de concession dans les cimetières (2), en matière de concession de routes publiques (3), de concession sur les rivières navigables, sur les eaux publiques (4), de concession de portes et fenêtres sur les rues et places publiques (5), de concession sur les rivages de la mer (6).

(1) PARDESSUS, *Servit.*, n° 40; DURANTON, *Prescr.*, n° 157; DE BROUCKERE et TIELEMANS, *Droit adm.*, v° *Cimetières*, p. 46, et v° *Concession*; VAZEILLE, *Prescr.*, n° 59; mon *Traité de la Possession*, n°s 385 et suiv.; PROUDHON, *Dom. publ.*, n°s 211 et suiv.; GAUDRY, *Dom.*, n° 160; DALLOZ, v° *Dom. publ.*, n°s 48 et suiv., et les arrêts y cités. — Arr. cass. B., 14 novembre 1844 (*Pas. B.*, 1846, I, 409); *id.*, 23 avril 1868 (*Pas. B.*, 1869, I, 244); arr. Bruxelles, 9 août 1859 (*Pas. B.*, 1861, II, 258); arr. Liége, 9 mars 1864 (*Pas. B.*, 1868, II, 353 et la note); arr. cass. Fr., 28 février 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 327 et la note); etc.

(2) Arr. cass. Fr., 24 janvier 1840 (SIREY, 1840, 1, 684); arr. Brux., 13 décembre 1854 (*Pas. B.*, 1856, II, 5); *id.*, 27 juillet 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 368); arr. cass. B., 27 février 1864 (*Pas. B.*, 1864, I, 117); arr. Poitiers, 17 février 1864 (DALLOZ, 1864, 2, 38).

(3) Arr. Brux., 21 décembre 1844 (*Pas. B.*, 1848, II, 187); *id.*, 3 mai 1854 (*Pas. B.*, 1854, II, 264); arr. Gand, 8 août 1856 (*Pas. B.*, 1857, II, 261); arr. cass. B., 5 février 1853 (*Pas. B.*, 1853, I, 237); arr. cass. Fr., 28 février 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 327 et la note).

(4) Arr. cass. B., 14 novembre 1844 (*Pas. B.*, 1846, 1, 409); *id.*, 23 avril 1868 (*Pas. B.*, 1869, I, 244 et la note).

(5) Arr. Brux., 9 août 1859 (*Pas. B.*, 1861, II, 258); arr. Liége, 9 mars 1864 (*Pas. B.*, 1868, II, 353 et la note).

(6) Arr. Caen, 21 août 1866 (DALLOZ, 1867, 2, 221).

174. Dans toutes ces matières, la jurisprudence ne reconnaît aux concessionnaires qu'un droit public, personnel et précaire; et, comme on le voit, elle ne distingue pas entre les concessions *expresses* et les concessions *tacites*, parmi lesquelles figurent les droits d'ouvrir des portes et fenêtres sur la voie publique, d'y verser les égouts des toits, d'y prendre des alignements, etc.

Tous ces derniers droits ne représentent que des droits politiques ou publics, et sont aussi étrangers à la matière des servitudes que les droits relevant des concessions expresses. (Voy. n°s 145, 205 et suiv.)

« La concession, dit très-bien Pardessus, peut, dans un grand nombre de circonstances, être réputée consentie par le seul fait de la destination publique du terrain sur lequel l'usage en est exercé. Lorsqu'un propriétaire a construit une maison le long d'un terrain qui, par les déclarations de l'administration ou l'usage de tous les habitants, était considéré comme une route, une rue, un chemin, une place; lorsqu'il y a ouvert des portes, des croisées, il y a été excité par la considération que ces emplacements étaient destinés à lui procurer les diverses facilités indispensables à une habitation. Il ne l'aurait pas construite sans cela ; il a donc en sa faveur la plus puissante des autorités, la *foi publique*... (1). »

« Il jouit, dit Gaudry, des jours sur la voie publique, à titre d'usage de cette voie publique. Il a des jours, comme il a le droit de circuler. Il ne le possède pas

(1) PARDESSUS, *Servit.*, n° 41.

comme les ayant acquis du public, *mais comme faisant partie du public* (1). »

175. Par voie de conséquence des principes que nous venons d'exposer, il est manifeste, en droit moderne, que la suppression de la concession ou de la destination de la chose publique ne peut porter atteinte à *des droits réels quelconques* des usagers ou des concessionnaires ; qu'elle ne peut donc nécessiter à leur égard une véritable *expropriation* pour cause d'utilité publique ; que cette suppression comporte un cas de résolution de l'acte de concession, et non pas un cas de résiliation des droits qui font l'objet du code civil.

Nous venons de voir Cœpolla enseigner, avec d'autres auteurs et avec la loi romaine, qu'il appartient toujours au souverain de révoquer les concessions faites par son prédécesseur, et même dans le cas où elles seraient passées en des mains tierces (2).

Ces notions sont aussi bien applicables aux concessions tacites qu'aux concessions expresses, tant aux droits des riverains d'un chemin public qu'à ceux de tous autres concessionnaires ou usagers de la chose publique ; par exemple, aux droits d'ouvrir des portes et des fenêtres, de faire tomber l'égout des toits sur la voie publique, aux droits de prise d'eau ou d'usine sur des rivières navigables ou flottables, aux droits de péage et de bac sur la voirie par terre et par eau, aux droits de pêcherie, aux droits de concession de sépulture, aux droits de bancs dans une église, etc., etc.

(1) Gaudry, *Dom.*, n° 243.
(2) Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, n° 23 *in fine*.

Digitized by Google

Les auteurs et les arrêts les plus frais admettent tous ces principes, en écartant l'ancienne théorie du droit de servitude réclamé par les riverains des chemins publics (1). (Voy. nos 205 et suiv.)

176. A part quelques exceptions, tels que Gaudry et quelques autres, toute cette doctrine et toute cette jurisprudence enseignent aussi que la suppression de la destination publique ou des droits des riverains ne peut toutefois avoir lieu sans indemnité, si, sur la foi de la concession expresse ou tacite, ceux qui l'ont obtenue avaient fait des déboursés ou des dépenses d'établissements ou de constructions, dont l'État profite.

L'indemnité ne prend pas sa base dans le droit réel de propriété, d'usufruit ou de servitude réelle. Elle se puise uniquement dans *la foi publique*, dans le lien de la concession expresse ou tacite ; elle se fonde sur les principes éternels d'équité qui proclament que personne ne peut causer du dommage à autrui, que personne ne peut s'enrichir au détriment d'autrui.

Il va de soi que l'État général ou municipal ne serait tenu à aucune espèce d'indemnité si la loi de la concession portait expressément qu'elle serait révocable

(1) Pardessus, *Servit.*, n° 41 ; Proudhon, *Dom. publ.*, n° 211 ; Dalloz, v° *Servit.*, n° 70 ; *id.*, v° *Voirie*, n° 122, les arrêts y cités ; Gaudry, *Dom.*, n° 213 ; Duranton, *Servit.*, t. III, n° 29 ; Husson, p. 527 et suiv. ; Feraud-Giraud, p. 137 et suiv. ; mon *Traité de la Possession*, nos 323 et suiv., 419 ; Sauveur, *Loi vicin.*, n° 87. — *Junge* arr. Liége, 2 mars 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 406) ; arr. Liége, 9 mars 1864 (*Pas. B.*, 1868, II, 353 et la note) ; arr. Bruxelles, 9 août 1859 et 30 janvier 1860 (*Pas. B.*, 1861, II, 258) ; arr. Orléans, 18 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 136). — Décis. minist. belge du 21 avril 1855.

au gré de l'administration, sans aucune réclamation des concessionnaires.

Nous mentionnerons ici un arrêt de la cour de Caen du 21 août 1866, n'accordant aucune force obligatoire aux contrats intervenus entre l'administration et les particuliers, relativement aux concessions sur les rivages de la mer (1).

Cet arrêt va évidemment trop loin ; il doit se restreindre aux principes que nous venons de poser.

177. Ces derniers principes seraient-ils applicables aux anciennes concessions du droit féodal?

L'affirmative ne nous semble pas douteuse.

La législation moderne était si pénétrée du caractère précaire et révocable des anciennes concessions sur le domaine public, qu'elle a senti elle-même la nécessité de promulguer des lois pour maintenir provisoirement une partie de ces concessions.

Par la loi des 15-28 mars 1790, tit. II, art. 15, elle a déclaré qu'elle ne révoquait pas certaines concessions de bacs et passages d'eau sur les rivières publiques.

Par la loi du 11 décembre 1808, elle a également maintenu certaines concessions de cours et prises d'eau sur les grandes rivières.

Par la loi du 14 ventôse an VII, elle a confirmé l'aliénation d'une partie de l'ancien domaine public militaire.

Ces exceptions se basaient sur les dépenses et frais

(1) Arr. Caen, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 2, 221).

Digitized by Google

d'établissements supportés par les anciens concessionnaires.

C'est donc à bon droit que la plupart des auteurs et arrêts modernes enseignent que l'édit de Moulins, en proclamant l'inaliénabilité des biens du domaine de la couronne dont les choses publiques faisaient partie, sert de point de départ à une période bien distincte; que s'il y eut, en fait, de nombreuses concessions à perpétuité, elles n'ont jamais été, en droit, considérées comme de véritables aliénations; qu'on ne les a envisagées que comme de simples permissions révocables, même sans indemnité ; qu'il n'y a d'autres exceptions à cette règle de révocabilité sans indemnité que : 1° relativement aux anciennes concessions de jouissances antérieures à l'édit de 1566, respectées par le décret des 22 novembre-1er décembre 1790 et la loi du 14 ventôse an VII; 2° relativement aux concessions faites à titre onéreux ou à la charge d'exécuter certains travaux; que la révocation entraîne, non pas la résolution d'un droit de propriété ou d'un de ses démembrements, mais simplement celle d'un droit de concession avec restitution des impenses utiles.

Ce sont là des conséquences fort naturelles de l'analyse que nous avons présentée plus haut sur le caractère des anciennes concessions.

Et ces principes sont appliqués spécialement aux concessions faites sur la voirie, sur les rivières ou canaux publics (1).

(1) DALLOZ, *Nouv. Rép.*, v° *Concession*, nos 40 et suiv., les auteurs,

Toutefois, nous ne tarderons pas à voir que l'on a essayé de créer des exceptions pour certains canaux publics, exceptions que nous aurons à réfuter. (V. nos 179 et s.)

Les règles qui précèdent sont applicables et appliquées surtout par la jurisprudence lorsque les anciennes concessions avaient été octroyées contrairement aux lois de police générales de l'époque, car on ne prescrit jamais contre les lois de police.

C'est ainsi que la cour de cassation de France a déclaré essentiellement révocables et de pure tolérance les anciens ouvrages concédés ou tolérés sur la voirie publique, contrairement à l'édit de décembre 1607 prohibant toutes saillies ou avances des particuliers (1).

Nous ne pouvons donc nous rallier à l'avis émis par Marcadé, à propos de servitudes *oneris ferendi* qu'un voisin se serait fort anciennement arrogées sur une église ou sur un monument public. Nous n'admettons pas avec lui que des droits de cette espèce ont pu être acquis irrévocablement avant le code, qu'ils doivent aujourd'hui être respectés, et que l'on ne peut en dégrever le monument que par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique (2).

Nous préférons suivre l'opinion plus rationnelle des autres auteurs, des arrêts et de l'administration française.

les arrêts et les ordonnances du conseil d'État y cités Voy. aussi Dufour, *Revue des Revues*, t. VIII, p. 282; Gaudry, *Domaine*, n° 61; Dalloz, v° *Eaux*, nos 37, 160 et suiv.; *id*, v° *Prescr.*, nos 170 et suiv.; Garnier, p. 388.

(1) Arr. cass. Fr., 17 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 153); *id.*, 28 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 327).

(2) Marcadé, *Prescr.*, art. 2227 *in fine*.

178. La jurisprudence administrative française décide qu'aucune servitude reposant sur la possession, quelque longue qu'on puisse la supposer, antérieure ou postérieure au code, ne peut atteindre les établissements mis hors du commerce; que la jouissance ne consiste jamais qu'en un simple acte de tolérance, susceptible d'être supprimé par mesure de police et de convenance.

Ainsi, il existait en France, dans un cimetière, une porte dont l'origine ne pouvait être déterminée et qui servait de passage aux habitants d'une ferme voisine pour aller à l'église. Il n'y avait pas de titre; mais comme le passage existait *de temps immémorial*, on réclamait le bénéfice de la prescription.

Le ministre de l'intérieur a décidé, en 1861, que l'administration municipale avait le droit de supprimer, par mesure de police, un tel passage dont l'existence est contraire aux prescriptions des art. 3, 16 et 17 du décret du 23 prairial an XII.

Il s'est basé sur ce que la prescription ne peut jamais être invoquée à l'égard des choses qui ne sont pas dans le commerce; sur ce que dès lors, quelle que soit l'époque à laquelle les habitants de la ferme aient commencé à le traverser pour aller à l'église, le cimetière n'est pas susceptible d'être grevé à leur profit d'une servitude de passage (1).

Et cette décision est approuvée à bon droit par les auteurs de la *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique* (2).

(1) *Bulletin du min. de l'intér. de France*, 1861, n° 16.
(2) *Revue de l'admin. belge*, 1868, t. XV, p. 562.

Ces solutions sont fort justes.

Si les anciennes concessions ont été capables de conférer aux particuliers des droits privés sur les choses publiques, nous avons établi que néanmoins, depuis l'édit de Moulins de 1566, les princes ni les seigneurs n'ont pu toucher au droit de propriété de ces choses; que ces choses, dont ils étaient simplement les gardiens, restaient la propriété inaliénable et sacrée du public, parce qu'une telle propriété était la seule sauvegarde des usages publics.

D'où il suit que toute aliénation ancienne du sol d'une chose publique qui a conservé sa destination, comme toute constitution de servitude sur ce sol, aurait toujours été nulle, entachée d'illégalité, et serait tout au moins révocable.

Il n'y a pas d'autres exceptions à cette règle générale que celles portées par la loi elle-même. (Voyez n° 177.)

La loi du 14 ventôse an VII maintient, entre autres, par exception les concessions de terrains dépendants de fossés, murs et remparts de villes, justifiées par titre ou par possession de quarante ans, mais à la condition qu'il y ait été fait des établissements quelconques ou qu'ils aient été mis en valeur.

La cour de cassation de France a vu dans cette disposition une confirmation de la règle que les biens de l'ancien *petit domaine*, dont ces terrains faisaient partie, étaient irrévocables (1).

(1) Arr. cass. Fr., 17 juillet 1811 (SIREY, 1811, 1, 377).

Digitized by Google

Nous nous sommes expliqué sur ce point; et nous avons prouvé que le petit domaine, quant aux choses publiques, ne s'appliquait qu'aux droits utiles qui pouvaient en naître.

Si l'interprétation de la cour de cassation était juste, la loi du 14 ventôse an VII n'aurait éprouvé aucun besoin de formuler une *exception* qui allait de soi; elle aurait été injuste d'y apposer des conditions toutes particulières que le *petit domaine* ne stipulait pas; elle aurait été fort illogique de ne pas statuer de la même façon pour les autres choses publiques auxquelles il se référait également.

179. Dans nos temps modernes, on a cru pouvoir s'écarter de tous ces principes, notamment en matière de certains canaux publics.

On s'est trouvé en face de canaux de navigation intérieure, dont les titres, tant anciens que nouveaux, accordaient ou semblaient accorder aux concessionnaires un droit de propriété quelconque; et l'on s'est trouvé fort embarrassé.

On s'est encore ici emparé d'une distinction que nous avons déjà refutée, entre la publicité *quoad usum* et la publicité *quoad solum et usum*. (Voy. n° 102.) L'on s'est dit qu'il suffisait d'une publicité *quoad usum tantum*, d'un canal public sous le rapport de la navigation; et que, d'un autre côté, ce canal pouvait constituer en mains du concessionnaire une propriété privée et *irrévocable*, que ce dernier a le droit de grever de servitudes compatibles avec la destination publique de la chose; qu'ainsi les canaux peuvent être tout à la fois

servitudes ou propriétés publiques d'une part et propriétés particulières de l'autre (1).

Mais la saine doctrine est vaillamment défendue par plusieurs auteurs distingués et par des arrêts dont on ne peut fausser la portée (2).

Et Dalloz, qui rapporte la nouvelle jurisprudence relative aux grands canaux du Midi, d'Orléans, du Centre, etc., avoue lui-même « que les principes qu'elle émet ne paraissent pas s'harmoniser avec les règles générales du droit civil, puisqu'une propriété privée pourrait jouir ainsi des priviléges spéciaux du domaine public (3). »

180. On ne s'est pas assez pénétré de l'idée fondamentale que, sous toutes les législations, le canal de navigation a toujours été assimilé à une rivière publique.

La loi romaine le proclame en toutes lettres; elle répute public le canal construit même sur un sol privé (4). Voet et Sohet enseignent également que le nouveau canal d'une rivière formé sur l'héritage d'un particulier devient public avec le sol et appartient au prince ou au maître de cette rivière (5).

(1) Arr. cass. Fr., 7 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 254); arr. Gand, 27 juillet 1865 *Pas. B.*, 1867, II, 364); Dalloz, v° *Eaux*, n° 161; Tielemans, v° *Canaux de navig.*, chap. Ier, nos 1 et 2, p. 155; Garnier, *Régime des eaux*, n° 401; Troplong, *Prescr.*, n° 155; Gaudry, *Dom.*, n° 197.

(2) Proudhon, *Dom. publ.*, nos 211 et 797; Gaudry, *Domaine*, n° 197; Merlin, *Rép.*, v° *Canal*; Daviel, *Cours d'eau*, n° 33; arr. Lyon, 10 février 1831 (Sirey, 1832, 1, 512).

(3) Dalloz, v° *Eaux*, n° 162.

(4) L. 1, § 8, D., 43, 12.

(5) Sohet, *Instit.*, liv. II, tit. XLVII, n° 4; Voet, *ad Pand.*, t. Ier, liv. Ier, tit. VIII.

Et la loi du 18 floréal an x, l'arrêté du 30 frimaire an xi, le décret du 12 novembre 1811 placent, en droit moderne, sur la même ligne les canaux de navigation et les rivières publiques.

Dès lors, comment le concessionnaire d'un canal pourrait-il avoir des droits d'une autre nature que tout autre concessionnaire, que celui d'une route ou d'un chemin de fer, par exemple?

Pourquoi son droit d'exploitation serait-il converti en propriété foncière, tandis que le concessionnaire du droit d'exploiter une rivière ne pourrait jamais élever une semblable prétention?

N'est-ce pas au nom de l'État qu'il aura exproprié le sol et construit le canal? N'est-ce pas en son nom qu'il aura possédé ce canal?

Nous avons démontré que la rivière publique comportait nécessairement un sol public; il doit en être de même du canal de navigation.

181. D'un autre côté, le gouvernement n'a pas pu transférer aux concessionnaires plus de droits qu'il n'en avait lui-même; par la cession perpétuelle du droit d'exploiter, il n'a jamais pu changer la nature de la propriété publique, hors du commerce, inaliénable, imprescriptible, tant que dure sa destination; il n'a jamais pu poser qu'un *acte de concession*, et non pas un *acte d'aliénation*; et le prix qu'il en retire n'a jamais été qu'un impôt.

La concession fût-elle même qualifiée de propriété perpétuelle et incommutable, ces expressions, comme l'enseignent Proudhon et Foucart, doivent plutôt se

rapporter à la jouissance de l'octroi de navigation qu'à l'aliénation du canal.

Les concessionnaires des canaux de navigation sont plutôt concessionnaires des profits que le canal peut produire que du canal lui-même.

La concession ne peut jamais être une aliénation véritable, une acquisition incommutable de la propriété du fonds. En l'octroyant, le gouvernement ou la nation n'agit pas comme propriétaire, mais simplement comme représentant des intérêts généraux. Le canal concédé conserve toujours sa nature de voie publique; et l'engagement du gouvernement sera toujours révocable, sauf indemnité s'il y a lieu.

182. Ainsi, il ne s'agit pas de procéder comme Pardessus, et de distinguer avec cet auteur si le titre de la concession se borne à donner à l'État la faculté de reprendre la chose moyennant indemnité au bout d'un certain temps, ou s'il abandonne complétement aux concessionnaires la jouissance de la chose, sauf à la racheter ultérieurement (1).

Cette distinction, que Pardessus applique à toutes concessions de travaux sur le domaine public, est fort subtile. Dans les deux cas, la jouissance du concessionnaire ne se rapporte qu'à un simple droit d'exploitation; sa possession quant au fonds n'est que précaire; il possède simplement au nom de l'État; le sol du canal et les eaux qu'il contient conservent leur caractère public.

(1) PARDESSUS, *Servit.*, n° 47.

183. Ces principes doivent-ils plier devant l'ancienne législation, qui rangeait parmi les biens du *petit domaine* aliénable les droits des canaux et des rivières publiques?

Nous venons de constater, à cet égard, que la concession pouvait à cette époque avoir, il est vrai, un caractère privé, mais qu'elle était essentiellement révocable et n'avait guère pour objet que les profits et utilités particulières dont ces sortes de choses étaient susceptibles; qu'à côté de la concession se trouvait debout le domaine public avec son droit d'imprescriptibilité du sol; que les canaux, comme tous autres objets du domaine de l'État, avaient été déclarés inaliénables par l'édit de Moulins de 1566 (1); que c'est ce qui fait dire à Sohet et à Méan que tous concessionnaires des profits utiles d'un canal ou d'une rivière ne peuvent néanmoins se considérer comme propriétaires du lit (2).

La solution ne pourrait venir à varier que dans le cas où la destination aurait cessé ou n'aurait jamais existé, si, par exemple, la nation avait vendu un canal à des particuliers et sans réserve du droit de navigation publique. Les règles du droit public viennent alors à s'effacer; le domaine public fait légitimement place au domaine privé; les usages privés sont substitués aux usages publics. L'acte posé par le gouvernement n'est plus un acte de concession proprement dit; c'est un véritable acte d'aliénation.

(1) Garnier, p. 388; Dalloz, v° *Eaux*, n° 160.

(2) Sohet, *Instit. belg*, liv. II, tit. XLVII. n°s 1-4; Méan, observ. 293, n°s 4-8.

184. Il ne faut pas confondre, en effet, les actes de concession avec les actes d'aliénation régulière posés par l'État.

De même que l'État, en sa qualité de propriétaire et de puissance, a pu donner à la chose sa destination publique, de même il peut la lui retirer, soit en supprimant les usages publics tant pour les citoyens que pour les étrangers, soit en expropriant ou vendant directement le sol des choses publiques dans les formes prescrites par les lois et sans réserve de ces usages (1). (V. nos 23-29.)

L'art. 8 du décret organique du 22 novembre 1790 donne un pareil droit à l'État. Il reconnaît que la faculté d'aliéner le domaine public appartient incontestablement à la nation.

La mise hors du commerce de la chose cesse aussitôt avec sa cause, avec la suppression de la destination publique. Dès que la loi a ordonné et fait effectuer la vente sans aucune réserve des usages publics, on peut dire que la destination publique et la mise hors commerce de la chose ont complétement cessé. Et l'aliénation qui s'ensuit n'est plus un acte de concession proprement dite : c'est un acte qui appartient au droit civil, et que celui-ci qualifie de vente, donation, échange, etc. Le droit public fait place au droit privé ; l'État n'agit plus à titre de pouvoir administratif, de puissance publique ; il n'agit plus qu'en sa simple qualité de propriétaire.

Aussi la cour de cassation de France juge-t-elle avec

(1) Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, nos 19, 22 et 23.

raison que les actes portant concession ou plutôt *aliénation régulière* d'une partie du domaine public offrent le caractère, non pas d'actes administratifs, mais de conventions de droit civil dans lesquelles l'État figure *comme propriétaire;* qu'en conséquence, l'interprétation de ces actes est en France de la compétence exclusive des tribunaux (1)!

185. Seulement nous ne trouvons pas la même exactitude dans les lois des 16 septembre 1807 et 21 avril 1810, lorsqu'elles qualifient de *concessions* les ventes que ces lois permettent au gouvernement de consentir au profit des particuliers, en matière de lais et relais de la mer, d'alluvions de rivières publiques, de mines, etc.

Ces lois donnent au gouvernement le pouvoir de faire cesser la destination publique de ces sortes de choses, de les faire rentrer dans le commerce par le fait même de leur vente ou aliénation (2). Mais alors la concession se confond avec la vente et les divers contrats du droit civil : le gouvernement agit en qualité de simple propriétaire ou de personne civile, à l'instar d'un particulier (3).

Les lois de 1807 et 1810 se ressentent évidemment du sens impropre que l'on avait commencé à donner au mot *concession* sous l'ancien régime féodal, où nous voyons ce terme s'appliquer à l'aliénation perpétuelle

(1) Arr. cass. Fr., 30 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 1, 124); *id.*, 8 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 1, 116).

(2) De Brouckere et Tielemans, v° *Domaine*, chap. III, sect. VI.

(3) De Brouckere et Tielemans, v° *Concession*.

ou temporaire, définitive ou révocable de tout un domaine, faite par le prince comme souverain ou seigneur justicier (1).

186. MM. De Brouckere et Tielemans estiment que le gouvernement, en concédant une mine selon la loi du 21 avril 1810, n'agit pas comme un propriétaire aliénant son bien; mais qu'il ne fait que *disposer de la propriété d'autrui*, parce qu'une loi l'avait investi d'un pareil pouvoir dans l'intérêt de tous (2).

Nous ne partageons pas cet avis. A nos yeux, les mines appartiennent au domaine public; leur mise hors du commerce indique suffisamment qu'elles participent de la nature des choses publiques; et le principe de l'intervention du propriétaire de la surface dans la redevance imposée par la loi aux concessionnaires n'a été adopté que pour transiger avec l'empereur Napoléon Ier, qui patronnait le système de la propriété privée des mines. (Voy. nos 94 et 95.)

D'un autre côté, il n'est ni juste ni rationnel d'admettre que la loi ait pu armer l'État du droit de disposer entièrement de la chose d'autrui, de la faire passer de la tête de l'un sur celle d'un autre au moyen d'une aussi minime indemnité, et sans recourir aux formes et conditions ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique. On cite pour exemple l'art. 563 du code civil; mais cet exemple est loin d'être concluant. Nous avons vu ailleurs le motif de cette disposition (3),

(1) De Brouckere et Tielemans, *loc. cit.*

(2) De Brouckere et Tielemans, *Dict. adm., loc. cit.*

(3) Mon *Traité de la Possession*, n° 593; Championnière, *Propr. des eaux cour.*, n° 431.

où il s'agit d'attribuer une juste et complète indemnité en nature à charge de l'auteur réel du nouvel état des choses. La loi a voulu par cette disposition prévenir la fraude, et statuer, même à l'égard des cours d'eau privés, par des mesures équitables de pénalités et de réparations civiles en nature. Il s'agit donc là d'un tout autre ordre d'idées qui expliquent et justifient l'intervention du législateur dans l'attribution de la propriété privée.

187. S'il ne faut pas assimiler les concessions proprement dites aux actes d'aliénation régulière, il faut encore moins les confondre avec les simples autorisations que l'autorité donne en beaucoup de cas, uniquement à titre de police, surtout en matière de choses appartenant au domaine privé (1).

Il est en effet des autorisations administratives que l'État est appelé à donner, même à l'égard des choses de nature privée, chaque fois que l'intérêt public est en jeu.

Les art. 537 et 544 du code civil subordonnent expressément l'usage de la propriété privée aux lois de la police générale, aux besoins de l'intérêt collectif de tous les citoyens.

C'est dans cet intérêt que la loi soumet à l'autorisation administrative l'établissement de certaines fabriques insalubres.

C'est dans cet intérêt, auquel touchent de près les moulins et les usines, que l'administration est investie

(1) De Brouckere et Tielemans, v° *Concession, in fine.*

Digitized by Google

du droit d'autoriser les prises d'eau, de fixer les hauteurs des déversoirs et des barrages sur les cours d'eau non navigables ni flottables (1).

Mais ces autorisations ne constituent que de simples permissions de police, uniquement légitimées par l'intérêt public, et sans pouvoir porter atteinte aux droits privés que les riverains possèdent conformément à la loi commune ou qu'ils ont prescrits contrairement à cette loi (2).

Et par voie de conséquence, l'administration ne peut recevoir de redevance ou d'impôt pour de semblables autorisations (3).

Le pouvoir administre ici d'une manière purement externe; il ne s'ingère pas dans l'usage interne de la chose.

188. Les raisons de différence entre les simples autorisations et les concessions administratives se puisent dans la nature même des choses auxquelles elles se réfèrent. Les concessions se rapportent exclusivement au domaine public; les autorisations se rapportent plus particulièrement au domaine privé.

Soit qu'elle concède, soit que simplement elle autorise, l'administration agit dans les deux cas à titre d'autorité, de pouvoir public. Mais cette autorité est

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, n° 596; DELALLEAU, *Expropr.*, t. Ier, nos 288 et 241; CORMENIN, *Quest. de droit adm.*, t. II, p. 9; DAVIEL, *Pratique des cours d'eau;* ISAMBERT, *Voirie*, t. Ier; CHAMPIONNIÈRE, *Propr. des eaux cour.*, n° 424.

(2) Ordonn. cons. d'État, 4 juillet 1834; DALLOZ, v° *Eaux*, n° 464, et v° *Concession admin.*, n° 46.

(3) Arr. cons. d'Etat, 13 juin 1860 (DALLOZ, 1860, 3, 75).

Digitized by Google

plus ou moins élevée. Par l'autorisation, le gouvernement use du simple droit de police. Par la concession, il use d'un pouvoir encore plus élevé, de la puissance publique la plus absolue, du droit même de la souveraineté.

Nous avons déjà fait ressortir la distinction fondamentale qui existe entre de simples droits de police et les droits de haute administration des choses publiques. (Voy. nos 8, 10, 13, 14, 17, 40.)

La concession, qui se range parmi les attributs de ces derniers droits, vient affermir singulièrement la solidité de cette distinction.

Ce n'est pas, en effet, au moyen du seul exercice de la police ordinaire que le gouvernement d'un État quelconque se permettra d'octroyer des concessions. La concession est un acte qui sort du cercle des attributions ordinaires de la police.

La police doit certainement s'y adapter, comme elle s'adapte à toutes les choses privées et aux individus; mais elle ne prête son concours qu'en ce qui concerne les rapports externes; elle ne peut, à elle seule, expliquer la répartition des usages concédés et relatifs aux rapports internes de la chose publique.

Aussi le droit romain nous enseigne-t-il que l'octroi d'une concession faite par le président ou le curateur d'une ville serait complétement inefficace, si la loi municipale ne lui confère pas un semblable droit; que s'il a le pouvoir de soigner et de policer les lieux publics, il n'a pas celui de concéder; que la concession doit s'appuyer sur une autorité plus élevée; qu'elle doit dé-

Digitized by Google

river du pouvoir souverain de la loi ou du prince (1)!

189. Nous avons aussi expliqué pourquoi la puissance de l'État était aussi élevée dans le domaine des choses publiques.

Nous avons constaté que ces choses renfermaient un élément privé et un élément public dont le droit de propriété formait la base.

Nous avons vu que M. Enjubault, rapporteur de la loi du 22 novembre 1790, a fait remarquer que ce droit de propriété publique attirait et confondait en lui la propriété privée ; que, de plus, il renfermait la puissance publique nécessaire pour gouverner son usage.

Et le décret du 22 novembre 1790 disposait, dans son préambule, que le domaine public *est la propriété la plus parfaite qu'on puisse concevoir, puisqu'il n'existe aucune autorité supérieure qui puisse la modifier ou la restreindre.*

C'est un domaine éminent et souverain, donnant par conséquent une puissance bien plus élevée que celle naissant du domaine privé.

Ainsi la concession, comme l'usage, diffère essentiellement des simples mesures ou autorisations administratives, qui reposent uniquement sur les droits généraux de police.

Pour concéder, il faut un pouvoir plus étendu, une puissance absolue basée sur le droit de propriété le plus souverain et le plus parfait que l'on puisse concevoir. Pour pouvoir concéder, il faut donc, avant tout, être

(1) L. 3, § 4, D., 43, 24.

propriétaire de la chose; et c'est ce droit de propriété publique et souveraine qui seul légitime et justifie l'omnipotence de l'État en matière de concessions.

Ce n'est certes pas par les règles du droit de propriété privée que l'État propriétaire concède; nous savons que la concession n'est qu'un mode de répartition de l'usage, et que l'État agit ici comme puissance en vertu des règles du droit public qui gouvernent cet usage.

Mais il n'en est pas moins vrai de dire que si la concession a sa source directe (*fundamentum proximum*) dans le droit public, elle puise son fondement éloigné (*fundamentum remotum*) et sa légitimité dans le droit de propriété, de domaine éminent incombant à l'État.

190. C'est ce droit de propriété qui justifie et légitime non-seulement la toute-puissance de l'État sur les choses publiques, mais encore l'attribution qui lui est faite du prix des concessions ou des impôts qui s'y perçoivent (1).

La nouvelle jurisprudence belge veut en vain faire abstraction du droit de propriété et représenter le prix des concessions dans les cimetières comme étant la simple rémunération des services publics remplis par l'État municipal (2).

S'il en était ainsi, l'impôt serait fort inique; il serait fort injuste, en effet, de faire supporter exclusivement par les concessionnaires de sépultures des frais généraux de services publics dont tout le monde use et profite.

(1) De Brouckere et Tielemans, v° *Cimetières*, p. 32.

(2) Arr. cass. B., 27 février 1864 (*Pas. B.*, 1864, I, 117); arr. Brux., 27 juillet 1864 (*Pas. B.*, 1864, II, 368).

Digitized by Google

Il ne serait pas plus juste de dire qu'il peut former la représentation de la valeur de la propriété ou d'un droit résultant du droit civil, puisque la concession ne peut produire que des facultés de droit public personnelles, précaires et révocables.

Mais nous dirons plutôt, pour rester dans le vrai, que le prix des concessions constitue un impôt représentatif de l'indemnité due à la société pour le privilége exceptionnel que la concession procure sur l'usage de la chose commune.

Cet impôt suppose donc nécessairement la propriété de l'État, peu importe à quel titre il a été établi et perçu par l'État. Aussi dès qu'il est perçu, tombe-t-il dans le commerce et dans le domaine ordinaire de l'État, à l'instar des autres fruits naturels ou civils détachés du sol des choses publiques ! (Voy. n°s 191, 227, 228.)

191. En général, la loi ne règle pas elle-même le droit de concession ; elle abandonne ce soin au pouvoir exécutif de l'administration, son agent ordinaire.

En général aussi, les accessoires de la chose publique, tels que les fruits et les prix de concession, reviennent et appartiennent à l'État propriétaire du sol ; et après leur perception, ils tombent dans le domaine ordinaire de l'État, *in pecuniâ populi*.

Mais il arrive souvent que l'État, armé de la haute puissance que lui donne un domaine aussi dominant et aussi indépendant, dispose autrement de son usage *et par voie de concession législative*. (Voy. n° 117.)

Il ne faut pas en conclure pour cela qu'il y a aliénation, que la propriété du sol n'appartient plus intégra-

lement à l'État général ou municipal, qu'elle est grevée de servitudes, etc.

192. Ainsi le décret du 30 décembre 1809 et la loi du 23 prairial an XII attribuent aux fabriques les prix des concessions des bancs dans les églises et les produits spontanés des cimetières ; ces lois disposent également d'autres productions utiles, tantôt au profit des hospices, tantôt au profit des bureaux de bienfaisance. Ces concessions n'étant pas faites à titre de propriété privée et d'aliénation, mais simplement à titre de souveraineté et de puissance publique, restent néanmoins des concessions de nature révocable et assujetties aux simples notions du droit public. Et la propriété du sol n'en reste pas moins inaliénable et imprescriptible sur le chef de l'État municipal, tant que dure la destination principale des églises et des cimetières.

Il en est de même du droit de varech que l'ordonnance d'août 1681, la déclaration du 30 mai 1731 et l'arrêté du gouvernement du 18 thermidor an X attribuent, sur les bords de la mer, aux habitants des communes limitrophes. Malgré cette concession législative, les rivages de la mer n'en sont pas moins la propriété inaliénable et imprescriptible de l'État général.

Il en est de même encore des produits de locations sur les rivières et les ports, que la loi du 11 frimaire an VII attribue aux communes avec ceux des places, des halles, marchés, chantiers et promenades publiques, lorsque l'on peut louer sans gêner la voie publique, la navigation, la circulation et la liberté du commerce. Cette attribution n'a nullement pour effet d'enlever

Digitized by Google

aux rivières et ports publics leur nature de domaine public national.

Nous citerons également pour exemples les lois des 28 août 1792 et 9 ventôse an XIII, qui adjugeaient aux riverains les arbres plantés sur le sol de la petite et de la grande voirie. Cette attribution n'a pas pu davantage leur conférer la propriété du sol public sur lequel les plantations avaient eu lieu (1). (Voy. nos 121 et suiv.)

193. Dans tous ces cas, la loi procède par voie gouvernementale et non par voie économique ; elle concède à titre de puissance, et non à titre de propriété privée, en vertu des statuts du droit public, et non en vertu des règles du droit privé. Le sol reste la propriété imprescriptible et impérissable du domaine public placé hors du commerce. En un mot, les attributions faites par la loi ne sont que de véritables concessions régies par les mêmes principes que les concessions administratives ordinaires faites à des particuliers.

L'unique différence consiste en ce qu'il faut une loi, au lieu d'un simple arrêté administratif, pour révoquer la concession.

C'est ainsi que le décret du 16 décembre 1811 a pu retirer pour l'avenir, aux riverains de la grande voirie, le droit aux arbres qu'ils avaient plantés sur celle-ci, par dérogation à la loi du 9 ventôse an XIII, qui leur avait concédé un semblable droit.

(1) Comte, *Propr.*, chap. XXI.

CHAPITRE IV.

DES PRINCIPAUX CARACTÈRES DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE.

---

194. Les principaux caractères du domaine public ne sont pas autre chose que l'analyse approfondie de sa véritable nature que nous venons de présenter, sous le triple aspect du droit de propriété, du droit d'usage et de la puissance publique qu'il renferme.

Ils nous sont tracés par le droit romain, véritable source de la matière, et que le législateur moderne s'est borné à rappeler comme type primordial du droit moderne.

§ 1er.

De la mise hors du commerce

195. Le premier caractère prédominant, essentiel et constitutif de la chose publique, et dont découlent bien des conséquences, est son inviolabilité par sa mise hors du commerce, *extrà commercium*.

C'est ce que porte textuellement la loi romaine (1).

Et c'est ce que reconnaissent toutes les législations qui se sont succédé, malgré les usurpations faites par le pouvoir du plus fort. Les ouvrages de Domat nous prouvent que ce caractère n'a pas même été méconnu sous l'empire du droit féodal. Ils proclament hautement que les choses publiques ne sont pas dans le commerce des hommes (2).

Nous avons vu également Loyseau et les autres principaux jurisconsultes énoncer les mêmes principes (3).

196. La loi du 24 novembre au 1er décembre 1790 et postérieurement l'art. 538 du code civil ont de nouveau consacré la même règle dans nos institutions modernes. Ils déclarent les choses publiques *non susceptibles de propriété privée*.

Et les auteurs du code civil en concluent que ces choses échappent, quant à leur usage, aux règles du droit privé; qu'elles appartiennent aux régions du droit public.

« Les lois romaines, disait Treilhard, distinguaient dans les biens ceux qui sont communs à tous les hommes, comme l'air, comme la mer; les choses publiques, comme les chemins, les ports, les rivages de la mer et autres objets de cette nature ; les choses qui n'apparte-

(1) L. 6, pr., D., 18, 1 ; LL. 3, § 17, et 30, §§ 1 et 3, D., *de acq. poss.*

(2) Domat, *Lois civ.*, liv. prél., tit. III, sect. I; *Droit public*, liv. I, tit. VI, sec. I, § 7.

(3) Loyseau, *Traité des seign.*, chap. IX, nos 73 et suiv., et chap. XII, no 120. — *Junge* Dunod, *des Prescr.*, part. I, chap. XII, p. 79 et 80; d'Argentré sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII ; Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, no 22, pr.; etc.

naient à personne, *res nullius*, telles étaient celles consacrées au service divin; les choses qui appartenaient aux communautés d'habitants, comme les théâtres et autres établissements de cette espèce; et enfin celles qui se trouvaient dans le commerce, parce qu'elles étaient susceptibles de propriété privée.

« Les biens compris dans cette dernière classe sont les seuls dont le code civil doive s'occuper; les autres sont du ressort ou d'un code de *droit public* ou de lois *administratives*, et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières (1). »

Le tribun Savoye-Rollin disait aussi, à propos de l'art. 537 du même code :

« Cet article porte encore que les biens qui *n'appartiennent pas à des particuliers* sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. La loi se borne à cette énonciation. *En effet ces sortes de biens sont régis par le droit public; et c'est dans le code où il est consigné qu'on doit chercher ces règles.* Il faut faire la même observation à l'égard des rivages de la mer, des fleuves et rivières navigables, et généralement de toutes les portions du territoire national considérées comme *dépendantes du domaine public* (2). »

Il est à regretter que le législateur moderne ne nous ait pas dotés de ce code de droit public, où nous pour-

(1) LOCRÉ, liv. II, tit. I, part. II, V, nos 18 et 19.
(2) LOCRÉ, *loc. cit.*, VII, no 7.

rions puiser les règles constitutives de l'usage des différentes espèces de choses publiques. En présence de cette lacune, force nous est de ne consulter pour sources que les textes du droit romain, combinés avec quelques lois ou règlements administratifs spéciaux et épars sur la matière.

Malgré cette lacune regrettable, tous les jurisconsultes et les arrêts de jurisprudence s'accordent aujourd'hui à reconnaître la mise hors du commerce des diverses choses dont l'ensemble constitue le domaine public (1).

Il va de soi, comme nous l'avons déjà expliqué, que cette mesure ne s'applique qu'aux particuliers et corps moraux autres que l'État, à l'effet d'assurer le maintien de la propriété en mains du domaine public, et celui des usages au profit des citoyens. (Voy. nos 43, 44, 45.)

De ce que le domaine public est placé hors du commerce, nous allons signaler quelques autres caractères importants, simples corollaires de ce principe fondamental.

§ 2.

197. Ainsi l'on doit dire, par voie de conséquence, que les choses publiques ne peuvent, à ce titre, faire l'objet d'aucune espèce d'obligation de droit privé.

L'art. 1128 de notre code civil est formel à cet égard.

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 15; Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XLIV; Marcadé, *Prescr.*, sur l'art. 2227; Curasson, *Compét. poss.*, sect. III, nos 6 et 7; Molitor, *Poss.*, n° 83; Troplong, *Prescr.*, nos 109 et suiv.; Dalloz, v° *Dom. publ.*, nos 9 et suiv.; etc.

Il ne fait en cela que se conformer à la doctrine de Pothier, calquée elle-même sur le droit romain (1).

Les choses publiques ne peuvent donc être aliénées ni louées par personne. L'art. 1598 du code civil, en proclamant cette vérité, ne fait encore ici que rappeler la loi romaine (2).

Domat et d'autres auteurs acquiescent en principe à cette doctrine, tant pour la vente que pour la location. Ils enseignent que les choses publiques ne sont susceptibles que de concessions administratives.

« Tout ce que la nature et les lois, dit Domat, rendent commun ou à tous les hommes, ou à un peuple, ou à quelque ville, ne peut être vendu. Ainsi les ports, les grands chemins, les places publiques, les murs et fossés des villes, et toutes les autres choses que cet usage commun et public met hors du commerce ne peuvent être vendus (3). »

Le droit romain nous enseigne que la vente d'une chose publique ne peut produire qu'une action utile en indemnité; que le contrat se résout simplement en une question de dommages-intérêts au profit de l'acquéreur lésé (4); que le concessionnaire ne peut vendre le sol

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 135; L. 38, D., 2, 14.

(2) LL. 6, pr., 34, § 1er, 62, § 1er, et 72, § 1er, D., 18, 1.

(3) Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. II, sect. VIII, n° 5. Voy. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Bail*, § 1er; Proudhon, *Dom. publ.*, nos 15, 208 et suiv.; d'Argentré sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII; de Brouckere et Tielemans, *Dict. adm.*, v° *Concession*; arr. Caen, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 2, 221).

(4) L. 62, § Ier, D., 18, 1.

de la chose publique ; qu'il ne peut disposer que du droit d'usage qui lui est concédé (1).

Nous avons vu plus haut que si le droit romain et la loi du 11 frimaire an VII, art. 7, traitent quelquefois de *location* le produit que l'administration peut retirer des places et lieux publics, cela ne s'entend que *des impôts provenant de la concession*, appelés aussi *locations administratives*, mais qui n'ont rien de commun avec les principes du bail consignés dans le code civil. (Voy. nos 189 et suiv.)

198. Nous ne parlons naturellement ici que des choses publiques, tant qu'elles ont conservé leur cachet de consécration aux usages publics. Comme elles ne sont alors hors du commerce que d'une manière relative, vis-à-vis des particuliers, on conçoit aisément leur inaliénabilité. Il est facile de comprendre que les rapports qui peuvent exister, quant à l'usage de ces choses, entre l'État et les particuliers, ou entre les particuliers seulement, soient complétement étrangers aux contrats du droit civil ordinaire et tombent exclusivement sous le coup des lois publiques et administratives, sous le coup de la loi de la concession.

Mais il est loisible à l'État, en sa qualité de propriétaire et de grand juge des intérêts sociaux, de retirer à la chose sa destination publique, de la faire rentrer dans le commerce, de la faire passer dans son domaine ordinaire, *in pecuniâ populi*. Dès lors la chose redevient susceptible de possession, de propriété privée et d'alié-

(1) L. 32, D., 18, 1.

nation. L'État peut en disposer dans les formes requises par les lois. C'est pourquoi nous avons toujours eu soin de distinguer les concessions proprement dites des actes d'aliénation régulièrement faits par la nation (1). (Voy. nos 187-189.)

199. Si les choses publiques sont hors du commerce tant que dure leur destination, il faut dire aussi qu'elles ne peuvent être engagées ni hypothéquées.

C'est un point incontestable et incontesté, établi tant par l'art. 2118 du code civil que par les textes du droit romain (2). Il est clair que si l'engagement pouvait exister, il donnerait au créancier gagiste ou hypothécaire le droit de faire vendre un immeuble qui, de sa nature, est inaliénable aussi longtemps qu'il conserve sa destination.

Il s'ensuit également que les choses publiques bordant un fonds particulier vendu ne doivent pas être comptées dans l'arpentage que l'on fait de ce fonds.

Telle est la décision d'une loi romaine toute spéciale (3).

§ 3.

200. De ce que la loi a retiré du commerce les diverses choses du domaine public, il faut aussi nécessairement en conclure qu'elles ne sont susceptibles

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, nos 389 *bis*, 424, 474 et 475.

(2) L. 9, § 1er, D., 20, 1; L. 1, § 2, D., 20, 3; Proudhon, *Dom. publ.*, no 15; Labye, *Revue de l'admin. belge*, t. III, p. 26.

(3) L. 51, D., 18, 1.

Digitized by Google

d'aucune possession ni d'aucune prescription privée quelconque. Non-seulement elles sont inaliénables; elles sont encore imprescriptibles.

Nous trouvons dans le droit romain une quantité de fragments établissant : 1° qu'aucun citoyen n'est apte à les posséder juridiquement, *non possident, sed promiscuè his utuntur, jure civitatis sed non juribus propriis* (1); 2° qu'on ne peut prescrire contre les choses publiques, même par la prescription de long temps, qu'elles ne se perdent jamais par le non-usage (2).

201. Ces principes eurent peine à voir le jour dans les temps féodaux où, comme nous le savons tous, droit public et droit privé se trouvaient enlacés l'un dans l'autre. Mais nous ne tardons pas à les voir reparaître et proclamer, après l'affermissement du pouvoir royal, et notamment en matière d'églises, de chemins, places et rivières publiques (3).

Ainsi, nous lisons dans l'ordonnance de Blois de 1579, art. 346 : « Les chemins seront réduits à leur largeur ancienne, nonobstant usurpation, par quelque laps de temps qu'elles puissent avoir été faites. »

(1) L. 1, § 22, D., 41, 2 ; L, 2, § 2, D., *ne quid in loc. pub. vel itin. fiat;* L. 25, D., 8, 6; etc.

(2) L. 6, C., 8, 12; L. 2, D., 43, 11; LL. 9 et 45, D., 41, 3; § 2, *instit. de rer. div.*

(3) Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. VII, sect. IV, n° 9; Pothier, *Poss.*, n° 37; et cout. d'Orléans, *Prescr.*, n° 9; d'Argentré sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII; Dunod, *Prescr.*, part. I, chap. XII, p. 79 et 80; Henrion de Pansey, *Compét.*, chap. XLIV; Denisart, *Coll. d'arr.*, v° *Chemins;* Loyseau, *Seign.*, chap. IX, n°s 73 et suiv.; Henrys, Œuvres, t. II, p. 57, et les auteurs Balde et Covarruvias qu'il cite; etc.

Et pour les provinces belges, De Ghewiet, Stockmans, Louvrex nous apprennent « que la *coutume générale* porte que la prescription à l'égard des chemins royaux et des rivières publics n'a pas lieu, quelque longue possession qu'il y ait (1). »

Nous avons vu d'ailleurs que, sous le régime féodal, les lois avaient couvert du privilége d'imprescriptibilité le domaine de la couronne, dont les choses publiques faisaient partie à cette époque. (Voy. nos 52 et suiv.)

202. A son tour, l'art. 2226 du code civil a consacré les principes romains d'une manière définitive. A cet égard, il n'existe pas la moindre controverse entre les arrêts et les auteurs (2).

Il est admis que chaque particulier n'exerce qu'une possession toute précaire, *et non animo domini;* qu'il ne peut posséder qu'*ut universi,* au nom et au profit de l'État, comme membre effectif de ce corps moral auquel il appartient; qu'il ne jouit pas d'un droit propre et

(1) De Ghewiet, *Instit. droit belg.*, part. II, tit. II; *sic* Louvrex, t. I, part. I, chap. LX, § 2, n° 2; Stockmans, décis. 86, n° 6, et 87, n° 3.

(2) Troplong, *Prescr.*, nos 109 et suiv.; Duranton, *Prescr.*, n° 157, et *Servit.*, nos 295, 603; Vazeille, *Prescr.*, n° 59; Pardessus, *Servit.*, nos 35 et suiv.; Proudhon, *Dom. publ.*, nos 214 et suiv.; Molitor, *Poss.*, n° 83; Dalloz, v° *Dom. publ.*, § 3, et les arrêts y cités. — Voyez, pour les églises, arr. cass. Fr., 18 juillet 1838 (Sirey, 1838, 1, 798) et Orléans, 25 juillet 1846 (Sirey, 1846, 2, 514); pour les rivages de la mer, arr. Caen, 21 août 1866 (Dalloz, 1867, 2, 221); pour les rivières publiques et eaux publiques, arr. Rouen, 16 décembre 1842 (Dalloz, 1843, 2, 159); arr. cass. Fr., 8 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 114); arr. Dijon, 23 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 2, 216); pour les places de guerre, arr. d'Aix, 28 janvier 1848 (Dalloz, 1851, 1, 196); pour les chemins publics, arr. Brux., 25 octobre 1851 (*Pas. B.*, 1853, II, 241); arr. cass. Fr., 28 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 327 et la note).

réel; qu'il use simplement d'un droit de cité personnel, public, précaire, temporaire et révocable, relevant exclusivement du droit public et octroyé par la puissance publique.

Nous avons consacré un chapitre spécial au développement le plus complet de cette partie de notre droit (Voy. n°s 141 et suiv.)

Et, de plus, nous avons établi que l'imprescriptibilité s'étend autant sur le tout de la chose publique que sur chacune de ses parties. (Voy. n° 28.)

203. Mais s'il est certain que les particuliers ne peuvent posséder ni prescrire, il n'est pas moins incontestable que cette règle ne s'applique pas à l'État général, provincial ou municipal, propriétaire du domaine public.

La loi 1, § 22, D., 41, 2, reconnaît à cet être moral la faculté de posséder et de prescrire.

Nous avons ailleurs fait ressortir à suffisance l'existence incontestable de ce droit (1); il nous paraît donc superflu de revenir sur cette proposition, et de combattre de nouveau la tendance persistante de la jurisprudence belge et française à soutenir la thèse contraire.

204. Toutefois nous ferons et renouvellerons une remarque digne d'être prise en considération.

La jurisprudence et l'école de Proudhon se mettent

(1) Mon *Traité de la Possession*, n°s 365, 373 et suiv. *Sic* MOLITOR, *Droit romain, poss.*, n° 83 *in fine*; CURASSON, *Compét., poss.*, sect. III, n°s 6 et 9; LABYE, *Revue de l'adm. belge*, t. III, p. 32; DALLOZ, v° *Voirie par terre*, n° 569; MACAREL et BOULATIGNIER, *Fort. publ.*, t. I, n° 37; LEDRU-ROLLIN, *Table du Journal du Palais*, v° *Dom. publ.*, n° 130.

Digitized by Google

en opposition flagrante avec la législation et avec Proudhon lui-même, lorsqu'on les voit dénier au corps social la possibilité du droit de posséder et de prescrire le domaine public, et spécialement les cimetières (1).

Les lois nouvelles sur les chemins vicinaux ne consacrent-elles pas elles-mêmes le principe de la possession et de la prescription de ces choses au profit de la commune (2)?

Et ne voyons-nous pas Proudhon obligé de reconnaître à chaque instant que si les choses publiques ne sont pas, selon lui, possédées par l'État (qu'il confond avec l'administration), elles le sont du moins par le grand corps social appelé *le public?*

Proudhon enseigne en effet, tant pour les chose du domaine public général que pour celles du domaine public municipal, que le public est le vrai possesseur du fonds, qu'il doit avoir au besoin les avantages de la prescription acquisitive du terrain; que la possession du domaine public est vraiment civile et exercée à titre de maître; qu'il peut donc exercer les actions possessoires, prescrire et revendiquer. Il ajoute que cette possession est d'une autre nature qu'une simple jouissance de servitude, qui n'aurait pour objet qu'un droit incorporel exercé sur le fonds d'autrui; et en conséquence il approuve une ordonnance du 27 juillet 1814

(1) Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Domaine public*, n°s 1 et 2; arr. cass. Fr., 10 janvier 1844 (Sirey, 1844, 1, 120); arr. cass. B., 14 fév. 1862 (*Pas. B.*, 1862, I, 104). — Voy. en notre sens les conclusions de M. Leclercq (*Pas. B.*, 1867, I, 130, col. 2, et 1853, 1, 237).

(2) Loi belge, 10 avril 1841, art. 10.

adjugeant à l'État la prescription trentenaire d'une ancienne route publique. Enfin il reconnaît que c'est le pouvoir civil, l'État ou la commune, le véritable contradicteur légitime pour agir et défendre, au nom du public, dans les débats judiciaires concernant la propriété des choses publiques ; qu'ainsi le gouvernement n'exerce qu'une espèce de possession de protection au nom du public, *seul et véritable possesseur* (1).

Nous avons plus haut démontré que l'État est bien la personnification du peuple ou du public considéré *ut universi*. (Voy. n° 92.)

§ 4.

205. Si le domaine public est hors du commerce quant à son usage, s'il n'est pas susceptible de former l'objet d'un contrat du droit civil ordinaire, s'il est inaliénable et imprescriptible, il faut nécessairement en induire qu'il échappe à tous droits réels privés quelconques, de la part des particuliers. Non-seulement il ne pourra subir le droit de propriété d'aucun citoyen de l'État, mais encore il ne pourra subir aucune espèce de démembrement de ce droit, d'usufruit, d'usage ou de *servitude*.

Cette nouvelle proposition ne semblerait pas devoir souffrir la moindre difficulté. Cependant elle fait l'objet d'une vive controverse entre les auteurs.

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 202, 231, 238, 343, 625, 631 ; id., *Dom. de la propriété*, n° 817 ; voy. conclusions de M. LECLERCQ, *loc. cit.*

Google

Quelques-uns, s'étant fait une étrange idée des droits d'usage accordés ou concédés aux particuliers sur les choses publiques, ont établi une distinction arbitraire entre les usages contraires à la destination de ces choses et ceux qui y sont conformes.

Quant à la première catégorie de ces usages, ils admettent généralement qu'ils ne représentent que des servitudes de *pure tolérance*, échappant à la prescription acquisitive, qu'il est toujours loisible de supprimer sans indemnité, parce qu'on ne peut rien acquérir ni conserver contre l'ordre public.

Mais quant aux usages qui s'exercent conformément à la destination de la chose, par exemple le droit de s'aligner le long de la voirie, l'ouverture de portes, fenêtres et gouttières sur la voie publique, l'établissement de moulins et usines concédés sur une rivière navigable, etc., les mêmes auteurs prétendent qu'ils constituent au profit des particuliers de véritables droits de servitudes réelles, et que l'État n'a le pouvoir de supprimer que pour cause d'utilité publique, et sauf expropriation (1).

206. Nous avons développé plus haut *in extenso* la véritable nature des droits d'usages et de concessions octroyés aux membres particuliers du public. Nous nous bornerons ici à établir que ces droits sont loin de représenter des servitudes, qu'ils ne sont, en aucun cas, acquis comme tels par qui que ce soit, ni par titre ni par prescription.

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, nos 363 et suiv.; TOULLIER, t. III, no 479; DUMAY, *Dom. publ.*, t. I, p. 521; VAZEILLE, *Prescr.*, no 93; arr. Nancy, 31 janvier 1838 (SIREY, 1838, I, 208), etc.

Si la propriété publique de l'État ne peut être transformée en droit de servitude (nos 45, 87-92, 123, 179), son usage ne peut davantage comporter de droits de pareille nature.

Il faut arborer dans toute sa force le principe enseigné par la plupart des auteurs et des arrêts, dire avec eux que toute chose publique est insusceptible d'un droit de servitude quelconque, et que les concessions expresses ou tacites qui l'affectent ne peuvent revêtir un caractère privé de cette espèce (1).

Il est impossible d'admettre la doctrine de Proudhon, sans violer le principe extra commercial du domaine public. Ce serait ouvrir la porte à de larges abus et précisément aller à l'encontre du vœu de la loi, qui a placé le domaine public hors du commerce pour le préserver de toute espèce d'envahissements et d'usurpations privées. Si l'usage des choses publiques pouvait revêtir le caractère d'un droit de servitude réelle, il faudrait admettre l'invasion du droit privé dans le

(1) Dalloz, vo *Eaux*, no 73; vo *Servit.*, nos 64 et suiv.; Delvincourt, t. III, tit. IV, prélim.; Merlin, *Rép.*, vo *Serv.*, § 12, no 2; Husson, *Lég. trav. publ.*, t. II, p. 463; Pardessus, *Servit.*, nos 34 et suiv.; Duranton, *Prescr.*, no 157, et *Servitudes*, nos 295, 603; Troplong, *Prescr.*, nos 150 et suiv.; Gaudry, *Domaine*, nos 160, 243; Marcadé, *Prescr.*, sur l'art. 2227. — Arr. Poitiers, 31 janvier 1837 (Sirey, 1838, 2, 78); arr. Bourges, 6 avril 1829 (Sirey, 1829, 2, 263); arr. cass. Fr., 4 août 1837 (*J. P.*, 1840, II, 50); arr. cass. Fr., 20 août 1840 (*J. P.*, 1843, II, 764); arr. cass. Fr., 3 février 1844 (*J. P.*, 1844, II, 473, et Sirey, 1844, 1, 637); arr. Orléans, 18 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 136); arr. Liége, 9 mars 1864 (*Pas. B.*, 1868, II, 353 et la note); *id.*, 13 janvier 1834 (*Pas. B.*, a sa date); arr. Bruxelles, 9 août 1859 et 30 janvier 1860 (*Pas. B.*, 1861, II, 258); arr. cass. B., 23 avril 1868 (*Pas. B.*, 1869, I, 244).

domaine public de la part des particuliers; il faudrait reconnaître à ces derniers, par voie de conséquence, le pouvoir de posséder juridiquement et de prescrire leur prétendu droit de servitude. L'administration des usages publics serait bientôt paralysée, et la chose verrait sa véritable destination compromise, comme cela se voyait jadis, au grand préjudice du public lui-même et des races futures.

207. M. Proudhon invoque le droit romain, les L. 1, § 3, D., 43, 10; LL. 1 et 2, D., 43, 8; L. 2, §§ 2, 5, 10, 11, 12 et 14, D., 43, 8; L. 11, C., 3, 34.

Cet appel au droit romain n'est pas fort heureux; aucune de ces lois ne prononce le mot de *servitudes*. Il en résulte seulement qu'elles reconnaissaient l'usage public pour un droit social, *jus civitatis*, et non pour un droit propre, *jus proprium*; qu'elles accordaient même, afin de le protéger, un interdit extraordinaire et public, parfaitement inutile dans l'hypothèse d'une servitude, suffisamment garantie par les interdits possessoires du droit commun.

La loi 2, D., 8, 4, est assez explicite pour prouver qu'en droit romain les concessions n'étaient nullement régies par les principes ordinaires relatifs aux servitudes. Elle établit que le droit légitimement accordé de tirer de l'eau d'un fleuve au moyen d'une roue ou d'une machine hydraulique ne peut être envisagé comme une véritable servitude.

Nous avons vu plus haut le système d'organisation du droit romain en matière de concessions. (Voy. n°s 156 et suiv.)

208. M. Proudhon argumente aussi de l'ancienne jurisprudence française, qui admettait certains droits de passage et de vue sur un cimetière ; et il invoque l'autorité de Bouvot, Ferrière et Auzanet sur les articles 200 et 202 de la coutume de Paris.

Ces solutions ne nous surprendraient pas, dans la supposition toute gratuite qu'il serait réellement question de droits de servitude réelle et non pas d'obligations légales imposées au domaine public par les règlements de l'époque.

Il ne serait pas étonnant de rencontrer des arrêts et des auteurs qui aient pu croire à l'existence possible d'un droit de servitude, tant sur les cimetières que sur les églises et autres choses publiques, dans une période de temps où les concessions de leurs produits utiles étaient entrées dans le patrimoine des particuliers. (Voy. nos 53, 54, 60, 61, 67-75, 109, 112, 113, 149, 163.)

Quelques auteurs, tels que Cœpolla, Pothier, etc., ont maintenu la pureté des principes, en enseignant que l'usage des choses publiques ne pouvait être considéré comme une servitude (1).

C'est ce qui nous explique pourquoi, dans les provinces belges, l'ancien jurisconsulte Stockmans représentait l'usage des chemins publics comme une image de la servitude, et non pas comme une véritable servitude.

« *Ad populum pertinet*, dit-il, *usus viarum publica-*

(1) Cœpolla, tr. I, chap. XIV, n° 15 et chap. XL, n° 3 ; *id.*, tr. II, chap. III, n° 20, quest. 9 et chap. IV, n° 46 ; Pothier, *ad Pand.*, tit. *de Servit.*

rum eundo, vehundo, commeando, et hæc VELUTI *servitus proprietati, quæ principis est, imposita intelligitur* (1).»

209. Pour achever la réfutation du système de Proudhon, nous laisserons maintenant parler M. Marcadé (2) :

« Toullier enseigne, observe cet auteur, que si les rivages de la mer et autres choses publiques ne peuvent pas s'acquérir par prescription, elles peuvent du moins, par ce moyen, être grevées de servitudes ; et que dès lors une possession suffisante pourrait faire acquérir à des individus le droit d'avoir des moulins sur une rivière navigable, ou des pêcheries et prises d'eau sur les rivages de la mer. Nous pensons, comme M. Troplong (*Prescr.*, n° 150), que cette idée n'est pas exacte. Dès qu'une chose est hors du commerce, elle n'est susceptible d'aucun droit privé; et puisqu'elle répugne par sa nature à subir le droit de propriété, elle répugne donc par cela même à subir tout droit qui serait un démembrement de cette propriété : toute chose insusceptible du droit de propriété est par cela même insusceptible des droits réels d'usufruit, d'usage et de servitudes quelconques qui sont de la même nature et du même ordre que le premier.

« Que ceci n'ait pas été compris autrefois, c'est tout simple dans un ordre de choses où l'on ne savait pas même distinguer le droit public et le droit privé; où l'un et l'autre étaient tellement confondus et identifiés que le droit de propriété embrassait tout, à ce point

(1) STOCKMANS, décis. 85, n° 3.
(2) MARCADÉ, *Prescr.*, sur l'art. 2227.

que le propriétaire territorial d'une localité (*dominus*, le seigneur) avait à ce titre, sur les hommes et les choses de cette localité, tous les droits possibles, le droit de justice par exemple, et partant celui d'avoir ses greffiers à lui, ses huissiers à lui, ses notaires à lui; dans un système où l'idée de *pouvoir public* conçu rationnellement et comme indépendant de la puissance privée qui convient seule aux particuliers, a mis huit cents ans à se dégager lentement et péniblement; dans un tel système, on ne pouvait pas trouver étrange de reconnaître un droit de servitude à un particulier sur une chose publique.

« Mais aujourd'hui, sous les principes rationnels de notre législation moderne, il en est autrement; par là même, encore une fois, qu'une chose est insusceptible du droit de propriété, elle est par là même insusceptible d'un droit de servitude; et les possessions du genre de celles qui nous occupent ne peuvent plus être regardées que comme maintenues par tolérance, et non comme reposant sur un droit positif et rigoureux. »

210. Enfin Proudhon fait appel au droit nouveau, aux art. 640, 680 et 681 du code civil, qui, selon lui, consacrent le droit de servitude de la manière la plus positive.

Mais aucun de ces articles du code civil ne se prête à l'argumentation de Proudhon : aucune de ces dispositions n'autorise à dire que les lieux publics et les autres objets du domaine public soient grevés de la moindre servitude.

Et d'abord il est aujourd'hui assez généralement

admis et reconnu qu'il ne s'agit pas de servitudes véritables aux chapitres qui renferment les articles invoqués par Proudhon; que le code civil appelle improprement *servitudes légales* ou *naturelles* de simples obligations légales ou facultés de voisinage et de communauté faisant partie intégrante du droit de propriété, qui se possèdent avec ce dernier et en sont inséparables, peu importe qu'elles aient été manifestées ou non; qu'à l'instar d'anciennes coutumes, le code civil classe illogiquement, sous la rubrique des servitudes, des matières que Pothier avait déjà signalées comme étrangères à la nature de ces derniers droits, et qu'il appelle avec les anciens auteurs *des lois de voisinage et de nécessité, des obligations que forment la communauté des murs et autres choses semblables et le voisinage entre voisins;* qu'en conséquence, ces droits et obligations ne sont pas des droits réels naissant d'une servitude, qu'ils ne sont que des droits personnels issus d'un quasi-contrat que la loi établit entre propriétaires voisins (1).

211. S'il existe une faculté ou obligation peu digne d'être décorée du titre de servitude, c'est à coup sûr celle de l'art. 640 du code civil. Ainsi que Troplong le fait observer ingénieusement, « c'est à peu près comme

(1) Mon *Traité de la Possession*, nos 551 et suiv.; DURANTON, *Servit.*, nos 146 et 391; MARCADÉ, art. 639 et 672; DEMOLOMBE, *Servit.*, nos 8, 298 et suiv., 501; MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, p. 156, note 3; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, no 247; MOLITOR, *Droit romain, poss.*, no 93; DALLOZ, vo *Servit.*, nos 32 et 653; PARDESSUS, *Servit.*, nos 34, 53, 66, 92; DEMANTE, *Droit civil*, t. Ier, nos 655 et suiv.; VINNIUS, *Instit., de servit.*, § Ier, no 4; POTHIER, *Société*, nos 199, 230 et suiv.; *id.*, *Cout. d'Orléans*, introd. au tit. XXXIII, nos 22 et 23.

Digitized by Google

si l'on appelait de ce nom l'obligation de souffrir un orage, les intempéries des saisons et les cas de force majeure; les eaux doivent avoir un cours; tant qu'il est naturel, il n'y a rien à objecter (1). »

Quant aux articles 680 et 681 du code civil, Dalloz, Marcadé, Troplong et Pardessus font justement remarquer que l'on peut ouvrir des vues, des jours, des portes, des gouttières et des issues sur les lieux publics, sur les routes, rues, places ou promenades publiques; que ce n'est pas là s'attribuer une *servitude* sur la chose; que c'est, au contraire, s'en servir selon sa destination, selon l'usage naturel de ces sortes de propriétés, qui ne sont livrées au public que pour qu'il puisse en jouir, soit pour son passage, soit pour procurer aux habitations des aisances domestiques, indispensables à la salubrité et à la commodité des familles qui les occupent. Et ces principes sont accueillis par la jurisprudence (2).

D'ailleurs, nous ne tarderons pas à démontrer, dans le paragraphe suivant, que les choses publiques ne sont pas plus régies passivement par les articles cités ci-dessus que par les autres dispositions relatives aux obligations de voisinage et de communauté, et qui forment l'objet des deux premiers chapitres du titre IV, liv. II du code civil.

212. Avant de terminer sur ce point, nous dirons

(1) Troplong, *Prescr.*, n° 122.

(2) Marcadé, *loc. cit., in fine;* Troplong, *Prescr.*, n° 156; Pardessus, *Servit.*, n°s 35 et suiv.; Dalloz, v° *Serv.*, 66, et *Voirie par terre*, 122; arr. cass. B., 23 avril 1868 (*Pas. B.*, 1869, I, 244 et la note).

aussi qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage à l'ancienne distinction, qui tend à ressusciter, entre les usages contraires ou conformes à la destination publique de la chose d'une part, et d'autre part les usages qui seraient compatibles avec elle, qui ne nuiraient en rien à cette destination.

Cette distinction est aussi arbitraire que celle présentée par Proudhon.

Lorsqu'un immeuble a été placé hors du commerce pour servir à l'usage public, la séquestration de cet immeuble est une et indivisible; elle pèse sur chacune de ses molécules. Toutes ses parties doivent participer au privilége, sous peine de détruire toute l'harmonie de la volonté de la loi. (Voy. n°s 222 et suiv.)

Tels usages ne sont pas nuisibles aujourd'hui à la destination de la chose qui peuvent le devenir demain ; comme tels usages peuvent être dommageables actuellement qui ne le seront plus à l'avenir.

Aussi le droit romain et ses fidèles interprètes ne les distinguaient-ils pas, et les condamnaient-ils aussi bien les uns que les autres!

« *Etenim, quædam sunt talia ut statim facto suo noceant; quædam talia ut in præsenti quidem nihil noceant*, IN FUTURUM AUTEM NOCERE DEBEANT, etc. (1). »

En conséquence, Dalloz estime fort justement que toute servitude, soit qu'elle pèse sur l'usage actuel de la chose, soit qu'elle puisse peser éventuellement sur

(1) L. 2, § 31, D., 43, 8; CŒPOLLA, *Servit.*, tr. II. chap. III, n° 20, quest. 9; D'ARGENTRÉ sur Bretagne, art. 266, chap. XXIII, n° 2.

son usage public, est de nature à porter atteinte à l'inviolabilité, à l'inaliénabilité et à l'imprescriptibilité du domaine public (1).

213. Troplong applique très-sainement ces principes à la largeur des chemins publics, et combat l'opinion de Cravetta qui professait que, malgré le caractère public de ces choses, on pouvait acquérir par prescription des droits de propriété ou de servitudes sur la moitié d'un chemin, par exemple, pourvu que l'autre moitié fût suffisante pour le passage général et habituel.

Et Troplong invoque utilement, à l'appui de son opinion, celle de d'Argentré qui réfute Cravetta en ces termes : « *Sed hoc Cravetta sine lege*, QUIA PUBLICORUM USUS NON SOLUM EX COMMODO, SED EX ORNATU ETIAM ET FACIE ÆSTIMATUR ; DENIQUE NON DEBET PRIVATO CUIQUAM TANTUM LICERE... PRÆSCRIPTIO JURI PUBLICO NON DEBET OBSISTERE (2). »

Mais Troplong ne tarde pas à oublier la pureté de ces principes, lorsqu'il s'agit de promenades publiques et d'églises, qu'il range cependant lui-même parmi les choses du domaine public.

Ainsi il estime que l'on devrait admettre la prescription d'une servitude quelconque sur la promenade publique, si elle ne nuisait en rien à sa destination (3).

La jurisprudence n'a pas suivi Troplong dans ses errements. Elle a jugé qu'une promenade publique

(1) DALLOZ, *Rép.*, v° *Dom. publ.*, n° 59.
(2) TROPLONG, *Prescr.*, n° 156.
(3) TROPLONG, *loc. cit.*, n° 16 ; *contrà :* DEMOLOMBE, *Serv.*, n° 698.

n'étant pas dans le commerce, on ne pouvait y acquérir par prescription une servitude de vue particulière et non conforme aux lois sur la matière (1).

Ainsi encore, cet éminent jurisconsulte se trompe lorsqu'il admet qu'une église non monumentale pourrait être grevée, par prescription, d'une servitude qui ne nuirait pas à sa destination, par exemple d'une servitude *oneris ferendi* (2).

M. Marcadé observe ici fort judicieusement : « Quant à des servitudes véritables, comme serait celle *oneris ferendi* qu'un propriétaire voisin s'arrogerait sur une église ou autre édifice public, elles ne sauraient s'acquérir par la possession, quelque prolongée qu'elle fût. M. Troplong en croit l'acquisition possible, quand il s'agit d'une église qui n'est pas un édifice monumental, une œuvre d'art ; mais cette idée ne saurait être admise, car le code ne fait pas cette distinction pour déclarer les choses publiques imprescriptibles... une chose insusceptible de tout droit de propriété privée est insusceptible de tout droit de servitude par là même ; et dire qu'une chose est imprescriptible, c'est dire que la prescription ne peut avoir aucune action sur elle (3). »

Dalloz s'est rangé avec raison à l'avis de M. Marcadé (4).

214. Nous venons d'établir que les droits d'usages et de concessions sur les choses du domaine public,

(1) Arr. Poitiers, 31 janvier 1837 (Sirey, 1838, 2, 78).
(2) Troplong, *loc. cit.*, n° 173.
(3) Marcadé, *Prescr.*, sur l'art. 2227.
(4) Dalloz, v° *Dom. publ.*, n° 59.

spécialement les droits de s'aligner le long de la voirie, d'y bâtir, d'y établir des jours, des vues et des gouttières, etc., constituaient des matières étrangères au droit civil et relevaient entièrement de la nature des concessions du droit public.

Nous ne tiendrions plus le même langage s'il s'agissait de vouloir établir de pareils droits sur d'autres voies que les chemins publics, sur les chemins ruraux ou communaux ordinaires, et *à fortiori* sur de simples passages existant au profit des communes à titre de servitude, qu'il faut avoir soin de distinguer de la voirie publique ou vicinale proprement dite. (Voyez n° 97.) Ces chemins n'étant pas gouvernés par les règles du droit public, il en résulte que le particulier qui voudrait y exercer de semblables droits en dehors des prescriptions du code civil, s'arrogerait un véritable droit de servitude sur la propriété d'autrui.

Il est vrai que M. le procureur général Leclercq et notre cour de cassation ne partagent pas cette manière de voir, qu'ils sont d'avis différent en se fondant sur ce qu'une servitude de passage au profit des communes doit être assimilée, en Belgique, à un chemin vicinal proprement dit (1).

C'est la consécration de la thèse soutenue par M. Sauveur dans son Commentaire de la loi belge du 10 avril 1841, et que nous avons largement combattue comme étant contraire à tous les principes reçus jusqu'à ce jour. (Voy. n°s 127 et suiv.)

(1) Arr. cass. B., 18 mars 1870 (*Pas. B.*, 1870, I, 153). *Junge* arr. cass. B., 16 avril 1849 (*Pas. B.*, 1849, I, 255).

Nous avons prouvé, pensons-nous, qu'en matière de chemins publics quelconques, le sol était aussi public que l'usage, qu'ils comportaient tous le domaine de propriété au profit des communes, de l'État général ou provincial (voy. nos 18, 85 et suiv., 103, 222), et nous fortifions notre opinion de l'autorité de M. le procureur général Leclercq lui-même, concluant dans d'autres espèces où la question de servitude n'était pas en jeu (1).

Nous avons observé qu'en conséquence le domaine public était incompatible avec l'idée d'une servitude, et que depuis les Romains jusqu'aux temps modernes les chemins privés ou de simple servitude ont toujours été distingués avec soin des chemins publics ou vicinaux. (Voy. nos 89, 90, 98 et suiv.)

A la vérité, nous avons reconnu que le domaine public pouvait se constituer par la prescription (n° 19), qu'il a toujours été de règle qu'un chemin privé peut devenir public par la possession, et que même c'est par la possession que s'explique l'origine d'une grande partie des chemins vicinaux. (Voy. nos 101 et 104.)

Mais jamais de simples actes de passage des habitants, dont il s'agit uniquement dans les chemins de servitude, n'ont été considérés par personne comme capables d'entraîner la prescription acquisitive d'un chemin public; ils sont censés précaires. « *Ad probandum viam esse publicam*, disait Cœpolla, *non sufficit probare per testes quod pubblicè seu vulgò, per omnes itum fuerit per longum tempus* (2).

(1) *Pas. B.*, 1853, I, 237; *Pas. B.*, 1867, I, 130, col 2.
(2) Cœpolla, *Servit.*, tr. II, chap. III, n° 18.

Il faut d'autres actes d'occupation prouvant l'intention manifeste de la commune d'acquérir un domaine public (1).

Le simple passage des habitants n'a pas ici plus de valeur que l'abstention complète de ce passage n'en a pour faire perdre sa destination à un chemin public légalement constitué. (Voy. nos 24 et suiv.)

Ces principes doivent recevoir une application plus stricte encore, en présence de la prohibition de l'article 691 du code civil. Il est incontestable que cette disposition empêche aussi bien tout corps moral que tout particulier de prescrire acquisitivement une simple servitude de passage. Et cette servitude, régie complétement par son titre et par les principes du code civil, ne donne le droit de fréquenter le chemin que de la manière indiquée par la convention (2).

D'un autre côté, si une commune ne peut acquérir par prescription, et par la seule fréquentation de ses habitants, un droit de passage, pas même à titre de simple servitude, elle peut toutefois par la conversion intervertir le titre de sa possession, et posséder désormais le sol même *animo dominii* (3). C'est de cette façon qu'elle sera capable d'acquérir par prescription la propriété même du sol et de transformer par conséquent un chemin privé en un chemin communal, et même en

(1) Pardessus, *Servit.*, n° 216; Gaudry, *Dom.*, t. I, n° 202; Vazeille, *Preser.*, t. I, n° 95; Garnier, *Chemins*, p. 291; Dalloz, v° *Servit.*, n° 1135 et les arrêts y cités; *id.*, v° *Voirie par terre*, nos 569, 1351, 1468 et les arrêts y cités.

(2) Dalloz, v° *Voirie par terre*, n° 1468.

(3) Voy. mon *Traité de la Possession*, nos 225, 295 et suiv.

chemin public vicinal, si le mode de possession indique suffisamment la volonté de la commune d'en faire une dépendance du domaine public (1).

215. La loi belge du 10 avril 1841 a-t-elle voulu, dans quelques-unes de ses dispositions, déroger à toutes ces règles reçues au moment de sa promulgation?

Nous avons déjà répondu négativement à cette question. Et nous avons trouvé des éléments, même dans les discussions si variées de cette loi, où toutes les opinions les plus divergentes ont été émises. (Voyez nos 90, 104, 126 et suiv.)

C'est à cause de cette disparité de vues des divers membres de la législature que le texte de la loi s'est montré si circonspect et a cherché à échapper ainsi aux incohérences, au défaut d'harmonie avec les dispositions du code Napoléon en matière de servitudes.

Nous ne contestons pas que la loi ait eu pour but d'avantager les communes et de faire acquérir à leur domaine public la plus grande quantité de chemins possible. Mais pour y parvenir, elle n'a pas voulu, comme on le soutient aujourd'hui, rompre avec les lois générales en permettant aux communes de prescrire une simple servitude de passage. Elle a voulu seulement introduire un nouveau mode d'interversion, les favoriser d'un moyen légal et commode de qualifier leur changement de possession en portant le passage à l'atlas des véritables chemins vicinaux, et leur faire acquérir, au bout de dix ans de possession *du sol*, non pas une ser-

(1) Dalloz, vo *Servit.*, no 1137, et vo *Voirie par terre*, nos 1349, 1467

vitude légale et communale, mais une pleine propriété publique imprescriptible dans les mains du domaine public municipal.

Ces idées si simples protestent assez par elles-mêmes contre cette création étrange et fantastique d'une prétendue servitude publique à charge d'un fonds privé, jouissant de tous les attributs des choses du domaine public, en dépit des règles constitutives du droit public et du droit privé.

« Les principes de la nouvelle jurisprudence, observe Dalloz à propos des canaux de navigation, ne paraissent pas s'harmoniser avec les règles générales du droit civil, puisqu'une propriété privée pourrait également ainsi jouir des priviléges spéciaux du domaine public (1). »

Ils auraient pour effet de violer de la manière la plus flagrante le principe fondamental « *tantum præscriptum quantum possessum;* » d'attenter à l'essence de la servitude constituée *salvâ substantiâ rei;* de rendre stériles tous droits du propriétaire servant; d'absorber complétement le domaine utile du sol au moyen de son imprescriptibilité, de la concession des droits ou usages tels que ceux dont il est question dans ce paragraphe, et que l'on ne peut refuser aux citoyens qui les réclament sur le sol des chemins publics.

La question doit donc se réduire à une question de fait. Aux termes du rapport fait à la Chambre des représentants sur la loi de 1841, on a confié à l'administration le soin de désigner les voies qui, à ses yeux,

(1) Dalloz, v° *Eaux*, n° 162.

étaient des chemins vicinaux proprement dits, celles qui n'étaient que des servitudes et celles qui n'étaient que des sentiers. (Voy. nos 90 et 128.) Et la loi belge n'a voulu accorder la publicité qu'à celles reconnues à l'atlas des chemins vicinaux ou prescrites comme tels. (Voy. n° 97.) Mais si le passage ne figure pas à ce dernier atlas, s'il n'est reconnu dans les tableaux administratifs *qu'à titre de servitude*, aucun texte de la loi vicinale ne confère aux communes le pouvoir d'acquérir une semblable servitude par la voie de la prescription; la servitude reste soumise aux principes ordinaires du code civil et du droit privé.

M. le procureur général Leclercq a essayé, il est vrai, d'introduire dans le droit une distinction radicale entre les servitudes de passage au profit des particuliers et celles existant au profit des communes (1). Elle nous rappelle uniquement la différence qui existe entre les simples servitudes de passage et les chemins véritablement vicinaux, et rien de plus; elle pèche donc par la base, par une véritable pétition de principe. Que le passage soit constitué en faveur d'une commune ou qu'il le soit en faveur d'un particulier, la servitude conserve toujours sa propre nature; seulement le premier a naturellement plus d'extension, son assiette se développe sur un plus grand nombre de fonds servants, et l'héritage dominant se compose du territoire de la commune tout entière, si, bien entendu, le titre n'y apporte pas des restrictions quelconques.

(1) *Pas. B.*, 1870, I, 158.

Digitized by Google

215 *bis*. La cour de cassation puise un nouvel argument dans l'art. 650 du code civil, qui milite plutôt contre la thèse qu'elle a consacrée.

Selon notre cour suprême, cette disposition serait un titre suffisant pour créer des servitudes légales, perpétuelles et publiques de passage au profit des communes, un principe légal constitutif d'une classe toute spéciale de servitudes de passage et essentiellement distincte des servitudes d'intérêt privé; la loi de 1841 ne serait que l'application de l'art. 650 du code civil envisagé comme tel et renvoyant aux lois et règlements particuliers.

S'il en était ainsi, l'art. 10 de la loi vicinale de 1841 serait un non-sens, puisqu'il consacrerait la nécessité d'un titre ou de la prescription pour constituer définitivement la servitude légale. Or, la servitude légale se puise uniquement dans la loi ; elle n'a besoin pour s'asseoir ni de convention, ni de prescription.

Nous savons ce que la loi a entendu par les mots *servitudes légales;* elle comprend par là non pas des servitudes proprement dites, mais plutôt des obligations légales complétement étrangères à notre sujet. (Voy. n° 210.) Nous ajouterons que d'ailleurs l'art. 650 du code civil ne prête aucunement le flanc à la nouvelle interprétation dont il est l'objet.

Il est bien vrai qu'il mentionne expressément comme objet de servitude légale *la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux,* et qu'il renvoie ce sujet au droit public et administratif. Mais il ne faut pas abuser de ces termes, et en induire

que la loi a jamais voulu créer au profit des communes, sur le sol des particuliers, des servitudes légales de passage autres que celles résultant de l'enclave. De l'avis de tous les auteurs, le code a voulu simplement faire allusion au droit préexistant des communes de déposer sur les terrains riverains et d'extraire de leur sol les matériaux nécessaires à la confection des travaux publics en général, et par conséquent à l'établissement et à l'entretien des chemins, conformément aux règles tracées dans les lois administratives particulières (1).

§ 5.

216. Si le domaine public ne peut être l'objet de servitudes ou d'obligations conventionnelles, il ne peut davantage être l'objet des obligations légales du droit commun, que le titre IV, livre II, du code civil qualifie si improprement du nom de *servitudes naturelles ou légales*. (Voy. nos 88 et 210.)

On conçoit aisément les motifs de cette exception au droit commun; c'est une simple conséquence du principe qui place les choses publiques hors du commerce et les soumet à des règles particulières de droit public et administratif, ainsi que nous avons vu les auteurs

(1) Avis du conseil du 7 septembre 1755; loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. VI, art. 1-3; loi du 16 septembre 1807, art. 55; arrêt du conseil d'État du 17 décembre 1807; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, n° 283, sur l'art. 650 du code civil; Demante, t. II nos 11, 504 *bis*; Delvincourt, t. III, sur l'art. 650; Demolombe, édition belge, t. VI, n° 302, etc.

du code civil le déclarer expressément tant au Corps législatif qu'au Tribunat.

Le code des droits communs de voisinage et de communauté est inapplicable au domaine public, par le motif que celui-ci, étant hors du commerce, ne peut subir de restriction quelconque au profit des intérêts particuliers; par le motif que les obligations du droit civil ordinaire sont, pour la plupart, inconciliables avec la destination donnée aux choses publiques, qu'elles leur feraient perdre bientôt leur nature et leur essence, c'est-à-dire une utilité commune pour tous.

Aussi le droit romain plaçait lui-même, à cet égard, les choses du domaine public hors du droit commun (1).

Et nous allons voir que la plupart des auteurs coutumiers, des auteurs et des arrêts modernes se plaisent à reconnaître la même chose, à refuser aux particuliers sur le domaine public l'usage des facultés de droit commun connues sous le nom impropre de *servitudes naturelles ou légales* (2).

217. Commençons par les servitudes naturelles, consistant dans l'obligation de recevoir les eaux livrées à leur cours normal, consignée dans l'art. 640 du code civil, et dans les droits de riveraineté établis par l'article 644 du même code.

Nous laisserons parler Pardessus (3) :

« On ne peut se dissimuler, dit-il, que la situation naturelle des lieux ne place souvent les objets du do-

(1) L. 14, § 2, D., 8, 1; LL. 17, § 2, et 3, § 3, D., 39, 3; L. 9, C., 8, 10.
(2) Mon *Traité de la Possession*, n° 567.
(3) Pardessus, *Servit.*, n° 42; voy. aussi Demolombe, *Serv.*, n° 123.

maine public dans la dépendance de quelques fonds particuliers : tel est le cas où un fonds placé dans le domaine public ou municipal est forcé de recevoir les eaux qui découlent d'un héritage supérieur. Ici la nature des choses l'emporte sur toute autre considération. Mais, dans ce cas, cet effet indispensable de la situation des lieux n'est point réglé comme s'il s'agissait de biens qui seraient dans le commerce. Ceux-ci ne peuvent jamais être affranchis des servitudes naturelles que par le consentement formel et libre des propriétaires qui ont le droit de les réclamer, ou par le changement des lieux ; lorsque plusieurs héritages sont en position de recevoir les eaux d'un fonds supérieur, il appartient aux tribunaux de déterminer celui qui doit les recevoir. Au contraire, le privilége des choses qui composent le domaine public ou municipal est si grand, que les principes du droit commun peuvent, dans ces cas, être modifiés en leur faveur. Ainsi une place, une promenade, un rempart ou les fossés d'une ville pourraient être situés de manière à recevoir naturellement les eaux supérieures ; et cependant le gouvernement ou l'administration locale aurait droit d'exiger que le propriétaire du fonds le plus élevé dirigeât l'écoulement de manière qu'elles ne vinssent pas se rendre sur cette promenade ou dans ces fossés. Le propriétaire voisin qui, par ce changement, se trouverait recevoir des eaux qui se rendaient plus naturellement sur la propriété publique ou communale, ne pourrait s'y refuser, comme il en aurait le droit si une propriété privée devait les recevoir par la disposition des lieux.

Digitized by Google

« Cet exemple suffit, avec d'autant plus de raison, qu'il ne peut y avoir de législation précise sur ce point, l'utilité publique, qui est la loi suprême, étant subordonnée aux circonstances, *et d'ailleurs cette matière étant régie par des règles particulières dont l'appréciation n'appartient pas aux tribunaux.* »

La solution est la même pour les droits de riveraineté établis par l'art. 644 du code civil. Il a été parfaitement jugé que cette disposition, d'après son texte même, ne concerne pas les eaux qui forment une dépendance du domaine public ; qu'elles ne sont donc pas soumises au droit de riveraineté constitué en faveur des riverains (1).

218. Passons aux servitudes légales.

Le code civil ne reçoit pas plus d'application passive en matière de servitudes légales qu'en matière de servitudes naturelles.

Ce sont encore les lois administratives qui seules ont pourvu aux rapports de voisinage des biens du domaine public. Il n'en est pas ici comme dans le cas où il s'agit de servitudes de passage appartenant aux communes. (Voy. n° 215 *bis*.) L'art. 650 du code civil, n'étant qu'énonciatif, est bien le siége de la matière.

Il renvoie à des lois spéciales de droit public et administratif les obligations légales établies pour l'utilité publique ou communale ; et on ne peut méconnaître que celles relatives au sol public soient bien de ce nombre.

L'article 650 du code civil ne fait en cela que

(1) Arr. Dijon, 23 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 2, 216)

se conformer aux dispositions du droit romain (1).

La faculté de l'art. 661 du code civil consistant en celle d'acquérir la mitoyenneté des murs, est de la même nature que toutes les autres facultés de voisinage reprises au même chapitre, spécialement celle d'argumenter de la présomption légale de mitoyenneté de l'art. 653.

L'ancienne et la nouvelle doctrine, ainsi que la jurisprudence, sont d'accord pour décider qu'un voisin ne peut user de pareilles facultés à l'égard des églises, des édifices publics, du mur de soutènement d'une place publique, etc.

Elles invoquent à leur appui le droit romain, qui enjoignait au voisin l'obligation de laisser un espace de quinze pieds entre son bâtiment et tout édifice public (2).

219. La doctrine et la jurisprudence décident de la même façon pour ce qui concerne la faculté de l'article 671 relative à la distance de plantation. Les riverains ne sont pas admis à invoquer ces règles de distances, applicables uniquement entre héritages privés; c'est l'art. 650 du code civil qu'il faut suivre et qui

(1) L. 14, § 2, D., 8, 1; L. 17, §§ 2 et 3, D., 39, 3.

(2) L. 9, C. VIII, 10; PARDESSUS, *Servit.*, n° 43; DEMOLOMBE, *Serv.*, n° 356; DALLOZ, v° *Servit.*, n° 451, et v° *Dom. publ.*, n° 58; MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, *Serv.*, p. 173, note 20; DESPEISSES, t. V, p. 156; DESGODETS, *Cout. Paris*, art. 195, p. 182, n° 15; SERRÈS, *Instit. du droit franç.*, p. 115; BOURJON, *Droit comm. de la France*, t. II, p. 26, n° 7; CŒPOLLA, *Servit*, tr. I, chap. LXI, n° 3. — Arr. Toulouse, 13 mai 1831, et cass. Fr., 5 décembre 1838 (DALLOZ, *Rép.*, v° *Serv.*, n° 451); arr. Paris, 18 février 1854 (DALLOZ, 1854, 2, 178); arr. cass. Fr., 16 juin 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 423); arr. Agen, 2 juillet 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 151).

Digitized by Google

renvoie aux lois et règlements particuliers prescrivant les distances à observer soit pour l'administration, soit pour les particuliers. S'il en était autrement, les plantations si utiles sur les bords des routes deviendraient impraticables (1).

220. Les mêmes règles s'appliquent spécialement aussi aux prescriptions des art. 676, 677, 678 et 679 du code civil, relatives aux jours, vues droites ou obliques. Les voisins d'une prison ou d'un édifice public ne pourraient ouvrir sur ces choses publiques les jours dont il s'agit dans ces dispositions. De même, les distances qu'elles prescrivent pour les vues ne sont plus à observer lorsque l'espace intermédiaire entre les héritages privés est une rue, route ou place publique. S'il n'en était pas ainsi, toutes ces choses publiques perdraient une grande partie de leur utilité et seraient soumises à une foule d'inconvénients (2).

(1) PARDESSUS, *loc. cit.*; DALLOZ, v° *Voirie par terre*, n°s 161 et 630; COTELLE, *Droit adm.*, t. III, p. 491; GARNIER, *Des act. poss.*, 2e part., art. 5, § 2, etc. — Arr. Liége, 14 mai 1859 (*Pas. B.*, 1860, II, 112).

(2) PARDESSUS, *Serv.*, n°s 43 et 204; SOLON, *Serv.*, n° 294; MARCADÉ, sur l'art. 678; DEMANTE, *Droit civ.*, t. II, n° 533 *bis*; DEMOLOMBE, *Serv*, n° 566; DALLOZ, v° *Serv.*, n°s 759 et suiv.; DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, t. II, n° 320; TOULLIER, *Serv.*, t. III, n° 528; DURANTON, *Serv.*, t. V, n° 412; MERLIN, *Rép.*, v° *Vue*, § 2, n° 1; DELVINCOURT, t. I, p. 170; COCHIN, édit., 1821, t. II, p. 550; DUPLESSIS, *Cout. Paris, serv.*, liv. II, chap. III; BOURJON, *Droit comm. de la France*, part. 2, chap. XII, sect. II, n° 9; FERRIÈRE, *Cout. Paris*, sur l'art. 202, t. II, p. 1680, n° 3; DESGODETS, *id.*, n°s 15 et 16, etc. — *Sic* arr. cass. Fr., 1er mars 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 157); 27 août 1849 (DALLOZ, 1849, I, 227); 10 janvier 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 65); 1er juillet 1861 (DALLOZ, 1862, I, 138). — Arr. Paris, 14 août 1851 (DALLOZ, 1854, 5, 705); arr. Bruxelles, 14 août 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 146); arr. cass. B., 8 juillet 1864 (*Pas. B.* 1864, I, 401).

221. Le privilége dont jouit ici le domaine public n'est pas réciproque pour les particuliers voisins de ce domaine. Si les servitudes légales ou naturelles du code civil n'agissent pas passivement à l'encontre du domaine public, elles agissent activement à son profit ; et l'on peut dire en principe que, sauf les exceptions naissant de la concession expresse ou tacite, les biens des particuliers sont assujettis envers ce domaine aux mêmes obligations de voisinage et de la même manière que si ce domaine était privé (1).

Nous savons, en effet, que le domaine public se compose de deux éléments, et que l'un de ces éléments constitutifs est le droit de propriété souveraine, dont la nature suit les principes fondamentaux du droit commun. La nation possède ce droit dans toute sa plénitude, au moins avec toute l'étendue des facultés que la loi a ssigne au véritable domaine, et qui se possèdent virtuellement avec lui.

Si la loi a soustrait ce domaine du commerce, c'est dans son intérêt et non à son préjudice, non pour empêcher la nation de posséder, mais simplement pour éviter toute possession contre elle, et assurer ainsi l'exercice des usages publics.

Le domaine public ne diffère des autres domaines *que pour l'usage,* échappant à toute appropriation privée, à toute servitude, à toute obligation conventionnelle ou légale. (Voy. n°s 5-9, 39, 40, etc.)

(1) Pardessus, *Serv.*, n° 44.

Nous insistons sur tous ces détails, parce que nous voyons encore de nos jours des auteurs et des arrêts s'écarter parfois des sentiers de la véritable doctrine.

§ 6.

222. Un caractère dominant des choses publiques et qui relève principalement du droit de propriété, c'est l'unité du domaine public.

Comme toute espèce de propriété, le domaine public jouit, *naturâ ipsâ*, du droit d'accession.

Tout ce qui est au-dessus et au-dessous du sol, tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose fait partie du même domaine et participe de sa nature.

Tout ce qui, d'après les principes du droit commun, s'immobilise et fait corps avec la chose publique, est aussi nécessairement public, par exemple les ponts, les aqueducs, murs de soutenement, etc. (1).

Nous avons déjà vu et constaté que le sol du domaine public est public de toute nécessité. (Voy. n°s 18, 85, 103.)

Ainsi, quant aux chemins, le droit romain disait en termes formels : « *Viam publicam eam dicimus cujus etiam solum publicum est* (2). »

(1) Dalloz, v° *Dom. publ.*, n° 17; Foucart, t. II, p. 196; Labye (*Revue de l'adm. belge*, t. III, p. 22).
(2) L. 2, § 21, D., 43, 8.

Ainsi encore, quant aux fleuves, le même droit n'était pas moins explicite, lorsqu'il disait : « *Impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus.* » Et, par voie de conséquence, il appelait publiques les îles qui se formaient dans le lit des rivières publiques (1) (cette conséquence n'a pas toutefois été admise par le code civil).

223. En matière d'accession, nous trouvons les mêmes solutions dans le droit romain. C'est ainsi que nous le voyons proclamer *publiques* les boutiques de banque ou autres autorisées sur les lieux publics (2). Nous le voyons également proclamer *publiques* les statues placées, même par des particuliers, sur les places publiques (3).

La loi romaine enseignait aussi que le ciel devait être libre au-dessus du sol ou du chemin public (4).

Par voie de conséquence, elle disait avec raison qu'un pont placé sur une rivière publique ou au-dessus d'un chemin public ne pouvait jamais appartenir aux riverains, qu'il était nécessairement public, et que l'on pouvait toujours en provoquer la démolition (5).

224. Domat et d'autres auteurs invoquaient cette dernière disposition du droit romain, en ajoutant :

« Ce texte ne parle que des fleuves et des rivières d'un usage public qui rendrait public aussi l'usage des

(1) L. 1, § 7, D., 43, 12 ; L. 65, § 4, D., 41, 2.
(2) L. 32, D., 18, 1.
(3) L. 41, D., 41, 1 ; L. 2, D., 43, 9 ; L. 11, § 1er, D., 43, 24 ; L. 6, D., *de contr. empt.*
(4) L. 1, D., 8, 2.
(5) L. 4, D., 43, 12 ; L. 2, § 33, D., 43, 8.

ponts. Ainsi il n'en serait pas de même d'un pont qu'un particulier ferait pour son usage sur un ruisseau, dans un lieu où le public n'aurait aucun intérêt (1). »

Et c'est par une juste consécration de ces principes que la jurisprudence belge a décidé que ce qui se trouve en dessous du sol public (des minerais de fer, par exemple) fait également partie intégrante du domaine public, en application des articles 538 et 552 du code civil; qu'après leur séparation du sol ou leur extraction, ces minerais sont une dépendance toute naturelle du domaine ordinaire de l'État (2). (Voy. n° 80.)

Il en est de même des plantations et de tous les fruits naturels ou civils que les choses publiques peuvent produire secondairement et indépendamment de l'objet principal pour lequel elles sont formées.

Il en est également de même des eaux naissant, coulant ou tombant sur les lieux publics; elles ne sont pas autre chose que l'accessoire du sol.

225. Ces derniers points ne laissent pas toutefois de donner lieu à la controverse. Ainsi plusieurs auteurs contestent que les eaux qui se trouvent sur un fonds public puissent, comme le fonds, appartenir au domaine public. Selon eux, elles appartiendraient tout au plus au domaine ordinaire ou patrimonial de l'État (3).

(1) DOMAT, *Droit publ.*, liv. I, t. VIII, sect. I, § 7. — *Sic* PROUDHON, *Dom. publ.*, n° 351; VOET, *ad Pand.*, liv. I, tit. VIII, n° 9; CŒPOLLA, *Serv*, tr. II, chap. I, n° 25.

(2) Arr. cass. B., 5 février 1853 (*Pas. B.*, 1853, I, 237); arr. Gand, 8 août 1856 (*Pas. B.*, 1857, II, 261).

(3) GAUDRY, *Domaine*, n° 643, etc.

Mais il est généralement admis, selon la saine doctrine, que les eaux sont hors du commerce tant qu'elles sont et restent sur la chose publique; qu'elles ne tombent dans le commerce et ne deviennent susceptibles d'appropriation privée que lorsqu'elles viennent à couler sur les héritages particuliers des propriétaires inférieurs. Dalloz a appuyé cette règle de l'autorité d'une foule d'auteurs et d'arrêts (1).

226. Une controverse aussi forte est agitée à propos des fruits ou produits accidentels des choses du domaine public.

Les uns n'admettent pas que la domanialité publique, avec ses priviléges, doive s'étendre à des accessoires étrangers au principe de cette domanialité, à la destination principale de la chose (2).

Les autres, au contraire, soutiennent que les produits accidentels suivent la nature du fonds principal et qu'ils font ainsi partie du domaine public général ou municipal (3).

Ces deux opinions opposées doivent se concilier par une distinction fondamentale.

Tant que les produits sont considérés comme immeubles, c'est-à-dire tant qu'ils ne sont pas perçus ou séparés du sol, ils font évidemment partie du fonds principal et participent de la nature de ce dernier; leur

(1) Dalloz, v° *Serv*, n°s 351 et suiv. — *Junge* Troplong, *Prescr.*, n° 147; arr. Colmar, 26 mai 1831 (Dalloz, 1832, 2, 205); arr. cass. Fr., 22 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 294).

(2) Gaudry, *Dom.*, n° 643.

(3) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 351; Dalloz, v° *Dom. publ.*, n° 17.

usage se règle par les règles du droit public. Il est juste que le public en profite, et il y a deux manières d'en faire jouir le public : soit en lui livrant personnellement les produits (comme on lui livrait la pêche en droit romain et comme on la lui livre encore aujourd'hui en Angleterre), soit en procédant à des concessions ou à des adjudications publiques de fermage (comme on dispose de la pêche en droit français) (1). Il arrive même assez souvent que l'État, par son pouvoir législatif, dispose des produits d'une manière générale, tantôt au profit des communes, tantôt au profit d'établissements publics, tantôt au profit des propriétaires riverains. (Voy. nos 191 et suiv.) Dans tous les cas, nous avons constaté que ces locations ou concessions n'offrent rien de commun avec les contrats du droit civil; que leur prix ne représente qu'un véritable impôt public, *solarium vectigal*.

Nous ne connaissons qu'une seule exception apportée à ces principes fondamentaux par les anciennes lois des 28 août 1792 et 9 ventôse an XIII. Ces lois avaient attribué en pleine propriété aux riverains les arbres plantés sur les chemins publics. (Voy. n° 121.)

Mais le décret du 16 décembre 1811 et l'art. 7 combiné de la même loi de ventôse ont à bon droit supprimé, à l'avenir, sur les grands et petits chemins publics, une exception aussi exorbitante du droit commun, et qu'il faut se garder d'étendre par analogie.

S'il n'en était pas ainsi, à propos de ces produits

(1) Voy. COMTE, *Propr.*, chap. XVIII.

accidentels de la chose publique, on en viendrait bientôt à ressusciter l'ancien *petit domaine* du droit féodal, à pouvoir constituer sur le sol de nouveaux droits réels et privés d'usages, dont le domaine public doit toujours rester affranchi, sous peine de voir un jour tout à fait compromis sa destination principale et le bénéfice privilégié que la loi lui octroie. Il serait dangereux de toucher de près ou de loin aux règles immuables d'inaliénabilité, d'indisponibilité et de séquestration, qui gouvernent essentiellement toutes les parties quelconques d'un sol destiné à l'exercice des usages publics. Loin de servir la cause du public, ce serait bien certainement lui nuire dans ses besoins et ses droits généraux les plus chers, ce serait préparer une nouvelle révolution.

227. Mais du moment que ces produits sont envisagés comme perçus ou détachés du sol soit par l'État lui-même, soit par les concessionnaires, dès qu'ils sont *mobilisés*, les choses viennent complétement à changer de nature; les produits n'offrent plus rien de public, dans le sens propre du mot; ils tombent soit dans le domaine particulier de l'État, soit dans le domaine particulier des citoyens; ils rentrent dans le commerce et deviennent naturellement aliénables et transmissibles, d'après les règles ordinaires du droit commun (1).

C'est ainsi que Proudhon a pu dire que les arbres des chemins et rues publiques, mobilisés par la coupe,

(1) Voy. mon *Traité de la Possession*, n° 387 *bis*; LABYE, *Dom. publ.* (*Revue de l'administr. en Belgique*, t. III, p. 154).

tombent dans la propriété ordinaire de l'État ou des communes, comme les débris d'une forteresse ou d'une église démolie; qu'au même domaine patrimonial appartiennent les locations des places publiques, les péages sur les ponts et les routes, les droits de navigation intérieure, les produits des terrains militaires, etc. (1).

C'est en vertu des mêmes règles qu'il faut attribuer au domaine de l'État propriétaire le prix des concessions ou des impôts sur les choses publiques, à moins qu'il n'en ait disposé autrement; et c'est à ce titre que l'art. 11 du décret du 23 prairial an XII laisse comme de droit aux communes le prix des concessions faites dans les cimetières (2).

228. Notre jurisprudence moderne est loin d'avoir toujours saisi les vrais principes que nous venons d'exposer.

En Belgique, elle ne s'y était pas trompée, quand elle a été appelée à statuer sur les minerais de fer gisants sous les voies publiques. (Voy. n° 224.) Mais elle ne tarda pas à revenir sur ses pas, lorsqu'il a fallu juger les questions relatives aux cimetières.

Confondant la nature mobilière du prix des concessions avec le droit en vertu duquel l'État concède avant toute perception, la jurisprudence belge attribue le prix des concessions, en matière de cimetières, au service public de l'État, abstraction faite de sa qualité de pro-

(1) PROUDHON, *Dom. publ.*, n°s 321 et 351.
(2) DE BROUCKERE et TIELEMANS, v° *Cimetières*, p. 32 et 46.

Digitized by Google

priétaire (1). C'est méconnaître de la façon la plus complète les deux éléments constitutifs du domaine public, les règles qui gouvernent la nature du droit de propriété, d'une part, et celles qui gouvernent l'administration de l'usage public, d'autre part. (Voyez nos 190, 191.)

Nous signalerons aussi une autre erreur faite, en sens inverse, par la jurisprudence française dans un de ses arrêts tout aussi récent. La cour de cassation part du principe absolu qu'à la différence du sol, les fruits produits par la chose publique sont susceptibles de possession et de propriété privée; que l'État peut les vendre ou les donner à bail conformément aux règles du code civil; que, par voie de conséquence, les concessionnaires des plantes marines croissant sur le plafond des rivages de la mer usent *d'un droit réel*, susceptible également de la possession et propriété privée (2).

Tel est le triste résultat inadmissible auquel on aboutit, et contre lequel nous voulons mettre en garde nos lecteurs, au moyen de la distinction rationnelle dont nous venons de les entretenir!

229. La faculté des choses publiques de produire accidentellement des fruits naturels ou civils ne peut avoir assez d'influence pour changer leur caractère; elle n'est pas incompatible avec l'idée du domaine public; ce dernier n'en est pas moins constitué *in usu publico*.

(1) Arr cass. B., 27 février 1864 (*Pas. B.*, 1864, 1, 117); arr. Bruxelles. 27 juillet 1864 (*Pas. B.*, 1864, 11, 368).

(2) Arr. cass. Fr., 22 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 109).

Digitized by Google

La plupart des choses publiques sont susceptibles de produire des fruits ou revenus. Les chemins et places publiques comportent des herbes, des arbres, des fruits, des droits de péage ou de location administrative. Les ponts et canaux publics produisent des péages et des droits de navigation.

Proudhon est dans le vrai lorsqu'il enseigne qu'il ne faut pas conclure de ces avantages particuliers que les rues et places sont des biens communaux ordinaires, que les ponts et canaux font partie du domaine patrimonial de l'État (1).

Ces modalités ne peuvent évidemment influer sur la nature du domaine. Les productions utiles du domaine public ne sont qu'un bien faible accessoire de la chose. Cette chose reste affectée principalement aux besoins ou aux usages publics ; et sa nature demeure exactement la même dans toutes ses parties, d'une manière une et indivisible (2).

§ 7.

230. La gratuité forme-t-elle un caractère essentiel de l'usage des choses publiques?

La négative ne peut être douteuse, malgré l'opinion contraire de quelques auteurs.

Nous avons eu soin, dès le principe, de faire observer que si la gratuité formait l'essence des choses

(1) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 351.
(2) Dalloz, *Rép.*, v° *Dom. publ.*, n°s 11 et 38.

communes, il n'en était pas de même des choses du domaine public. (Voy. nos 41, 156 et 157.)

En matière de choses publiques, il importe peu que la jouissance en soit abandonnée aux citoyens, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Certes, en règle générale, il est du devoir d'un bon gouvernement de rendre l'usage de ces choses aussi large et aussi absolu que possible. C'est même là un des bienfaits de notre civilisation actuelle, qui a substitué à l'ancien pouvoir absolu des rois et des seigneurs un régime parlementaire relevant directement du peuple et connaissant parfaitement tous ses besoins.

Le but de tout gouvernement démocratique doit tendre au dégrèvement des droits et des impôts que l'État prélève à l'occasion de l'usage des choses publiques. On applaudira toujours une nation qui, comme la nôtre, cherche et emploie toutes les voies possibles pour arriver à un but si élevé, si humain et si conforme aux principes du droit naturel.

Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai de dire que l'État ou la nation, en sa double qualité de maître et de puissance publique, est en principe parfaitement libre de distribuer et conditionner les usages comme il l'entend. Aucune prohibition de droit public en vertu duquel l'Etat procède ne vient contrarier l'application de cette règle. Ainsi, lorsqu'il octroie ces usages à titre onéreux, gardons-nous bien de conclure, comme le font certains auteurs, que le bien devient patrimonial, tombe dans le commerce, *in pecuniâ populi aut civitatis.*

MM. De Brouckere et Tielemans expliquent parfai-

tement comment l'autorité publique, en concédant un péage sur les choses du domaine public, crée, comme pouvoir, une espèce d'impôt qu'elle peut toujours révoquer au même titre (1).

231. Il ne faut donc pas, par assimilation avec les choses communes, considérer la gratuité de l'usage comme une condition essentielle et constitutive du domaine public, et en induire avec Proudhon que les théâtres, par exemple, n'étant plus livrés gratuitement au peuple, ont cessé de faire partie de ce domaine (2).

Gaudry fait justement observer que ce n'est là qu'une affaire de convenance, que l'État municipal peut agir autrement et trouver convenable de ne pas exiger de redevances ou d'impôts. Mais gardons-nous d'admettre avec lui que la concession d'un théâtre faite à un entrepreneur de spectacles forme une location ordinaire du droit civil, et que l'État n'administre plus les théâtres que comme des propriétés communales ordinaires, *quæ sunt in patrimonio fisci* (3).

Nous savons que ces sortes de choses sont loin d'avoir perdu le cachet public qui les caractérisait en droit romain. (Voy. n°s 94 et 96.) Il y a donc lieu de suivre les règles exposées plus haut au chapitre III, § 2.

§ 8.

232. Dès le début de ce livre, nous avons constaté que l'État a la puissance de constituer et de déconsti-

(1) De Brouckere et Tielemans, v° *Concession, in fine.*
(2) Proudhon, *Dom. publ.*, n° 344.
(3) Gaudry, *Domaine*, n° 651.

tuer le domaine public, et que pour le constituer il est armé du droit d'expropriation pour cause d'utilité publique. (Voy. nos 17 et suiv.)

D'un autre côté, nous savons aussi que l'État se subdivise en État général, État provincial et État municipal; que chacun de ces États possède son domaine public propre. (Voy. nos 9, 15.)

On se demande si l'État général peut exercer son droit d'expropriation à l'encontre même d'une chose appartenant à l'une de ces trois catégories de domaine public, et dans tous les cas s'il peut être passible de dommages-intérêts envers la province ou la commune, à raison de l'éviction totale ou partielle d'un semblable domaine.

La question n'offre pas grande importance lorsqu'il s'agit pour l'État général de remplacer une chose publique qui lui appartient par une autre chose publique dont il est également propriétaire. Il s'agit alors d'un simple changement de destination administrative, où les tribunaux n'ont pas à intervenir pour faire appliquer les règles de la loi spéciale sur l'expropriation publique. Et l'on ne comprend pas d'ailleurs l'intérêt que l'État aurait à s'exproprier lui-même. Il ne peut surgir en justice qu'une action née de la concession qui aurait pu intervenir à cet égard entre l'État et un concessionnaire quelconque des travaux.

Ainsi la cour de cassation a décidé que lorsqu'un chemin de fer doit traverser les fortifications d'une place de guerre, le concessionnaire de ce chemin de fer ne peut poursuivre l'expropriation du sol fortifié à

occuper par le chemin d'après la loi de la concession et du cahier des charges (1).

Nous approuvons cette solution, sans donner notre adhésion à tous les motifs de l'arrêt. Cet arrêt se trompe évidemment lorsqu'il allègue que le terrain empris continue d'appartenir au domaine public militaire, que la loi de la concession ne confère ni au gouvernement, ni au concessionnaire son représentant, la faculté d'aliéner une partie quelconque du domaine militaire de l'État.

La loi peut faire cesser la destination de la chose publique, et par suite donner au gouvernement la faculté de l'aliéner. (Voy. n°s 23 à 29, 184.) A plus forte raison peut-elle donner à la chose une autre destination publique que celle qu'elle avait antérieurement. Et en fait, dans l'espèce, sans sortir de la propriété de l'État général, la portion du sol emprise par le chemin de fer est passée du domaine militaire dans celui de la grande voirie publique.

233. La question acquiert plus d'intérêt lorsque l'État général se trouve en conflit avec le petit domaine public, le domaine public provincial ou le domaine public communal.

Nous avons vu que, quoique indépendantes dans leur sphère respective, la province et la commune relevaient de l'État général qui constitue la nation par excellence. (Voy. n° 9.) Mais nous avons vu aussi que le rôle de la haute administration de l'État diffère selon qu'il s'agit de simples règlements d'usage

(1) Arr. cass. Fr., 17 février 1847 (*J. P.*, 1847, II, 526).

ou de droits de propriété. (Voy. nos 18 et suivants.)

Tel est le but principal et constant de ce traité, de distinguer partout l'administration de l'usage de celle de la propriété que comportent les choses publiques.

C'est la même distinction entre l'usage et la propriété qui sert à trancher ici toutes les difficultés.

S'il ne s'agit que de l'usage, des services publics y affectés, le pouvoir judiciaire n'a certes pas qualité pour intervenir. C'est en conformité de ce principe qu'il est de jurisprudence en Belgique qu'à l'administration, comme pouvoir indépendant, appartient exclusivement le droit de régler l'usage des chemins vicinaux, de les diriger, de les détourner, d'y faire tous changements convenables et même d'en supprimer la destination publique (lois des 10 avril 1841, art. 27 et 28, et 20 mai 1863); que spécialement le pouvoir judiciaire est incompétent pour statuer sur la réclamation d'une commune du chef d'un préjudice causé à l'*usage* de la voirie vicinale interceptée par un chemin de fer concédé, abstraction faite de la propriété (1).

En ce dernier cas, quelle sera l'autorité administrative compétente? Sera-ce le département de l'intérieur ou celui des travaux publics?

La jurisprudence administrative belge incline, paraît-il, vers ce dernier système (2).

S'il appartient au ministre des travaux publics de

(1) Arr. cass. B., 29 octobre 1866 (*Pas. B.*, 1867, I, 42); *id.*, 10 janvier 1867 (*Pas. B.*, 1867, I, 117); arr. Brux., 24 juin 1869 (*Pas. B.*, 1869, II, 338).

(2) Rapport de M. Joly. Namur, 1862, p. 33, critiquant ce système.

Digitized by Google

déterminer la direction du tracé des chemins de fer, si les lois de concession ont coutume de s'en référer à ce haut fonctionnaire pour la rédaction du cahier des charges, et notamment pour ce qui concerne les points de contact avec les chemins vicinaux, d'un autre côté c'est au département de l'intérieur à régler les changements apportés à la voirie vicinale. Les lois des 10 avril 1841 et 20 mai 1863 ne permettent pas d'élever le moindre doute à cet égard. Dès lors, pourquoi ne pas procéder, avant l'approbation du ministre des travaux publics, aux enquêtes et formalités exigées par ces lois? On éviterait ainsi beaucoup d'abus commis par les entrepreneurs de chemins de fer, au grand préjudice des communes.

231. La position est tout autre, quand le droit de propriété est en jeu, s'il s'agissait de l'expropriation du sol public des provinces ou des communes, du préjudice matériel causé par l'éviction de ce sol pour cause d'utilité publique plus générale, par exemple dans l'hypothèse d'une partie de chemin vicinal incorporée dans un chemin de fer, dans un canal de l'État ou concédé par l'État.

Il nous paraît incontestable que le pouvoir judiciaire est alors compétent pour statuer sur l'action des provinces ou des communes. Il n'est plus question de régler l'usage de la chose publique, de prononcer sur la suppression de sa destination; mais il s'agit de prononcer sur l'éviction et la *suppression matérielle* d'un sol enlevé antérieurement au domaine public provincial ou communal par la loi de la concession.

Digitized by Google

Mais, en justice, les règles des lois spéciales sur l'expropriation pour cause d'utilité publique seront-elles applicables?

M. Daru, rapporteur de la loi française de 1841 à la chambre des pairs, a émis une opinion négative, en se basant sur ce que les formalités de cette loi ne donneraient pas les garanties nécessaires à une bonne justice; et il conclut en disant que la législation offre une lacune qu'il peut être utile de combler (1).

La plupart des auteurs français et belges se rangent à cet avis, en se fondant principalement sur ce que les règles de ces lois spéciales, combinées avec la constitution et l'article 545 du code civil, ont toutes pour but de garantir des droits ou intérêts exclusivement privés (2).

De plus, un de ces auteurs, M. Delmarmol, se prévaut de l'autorité de l'arrêt de notre cour suprême du 10 janvier 1867, que nous venons de citer (3).

Selon nous, cette opinion pèche entièrement par sa base et peut être aisément réfutée.

Par son arrêt du 10 janvier 1867, la cour de cassation belge n'a pas voulu consacrer la doctrine de M. Delmarmol. Elle s'est ralliée aux conclusions du ministère public; et elle a décidé en conséquence, malgré l'élasticité des termes de l'ajournement, qu'il s'agissait, dans

(1) Dalloz, v° *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n° 42.

(2) Delmarmol, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2e édit., n° 84; Joly, Rapport de 1862. Namur, p. 34; Delalleau et Jousselin, n° 182; De Peyronny et Delamarre, *Comment. sur la loi d'expropr.*, n° 98, p. 90.

(3) Arr. cass. B., 10 janvier 1867 (*Pas. B.*, 1867, 1, 117).

l'espèce, exclusivement de l'usage ou du service public de la voirie vicinale, abstraction faite de la propriété du sol des chemins vicinaux de la commune de Wierde. Elle a statué *sous réserve de la propriété du sol sur lequel ces chemins étaient établis*. Elle a opposé l'usage à la propriété du domaine public, le règlement de l'usage de la compétence administrative aux actes de disposition du sol, qui sont de la compétence judiciaire. Et même, ce qui nous semble bien contraire à la thèse de M. Delmarmol, elle finit par énoncer que pour tous actes d'emprise et d'occupation *l'intervention du pouvoir judiciaire, conformément aux lois sur l'expropriation publique, a été reconnue indispensable.*

235. Pourquoi donc n'en serait-il pas ainsi?

Malgré l'opinion isolée de quelques-uns (1), il est aujourd'hui incontestable que les chemins vicinaux font partie du domaine public municipal, et qu'en conséquence les communes sont propriétaires du sol de ces chemins (2). Cette vérité est proclamée par l'arrêt de la cour de Liége du 17 janvier 1866 et par celui même de la cour de cassation du 10 janvier 1867, qui l'a cassé pour d'autres motifs.

Il s'ensuit que les communes sont armées du droit d'intenter des actions possessoires et des actions pétitoires en revendication ou en indemnité contre l'État

(1) LABYE (*Revue de l'adm. belge*, t. III, p. 57 et suiv.).

(2) Voy. la note du n° 121, ci-dessus, — *junge* ZACHARIÆ, édit. belge, t. I, § 146, 8; DEMANTE, t. II, n° 377 *bis*; DEMOLOMBE, t. IX, n° 457 *bis*; Paris, cass., 15 novembre 1831 et 10 novembre 1841; Metz, 28 thermidor an XIII; Gand, 1er septembre 1863; etc.

général ou contre quiconque les trouble illégalement dans la possession, dans la propriété de leur sol public.

Dans ses conclusions sur l'arrêt précité du 10 janvier 1867, M. le procureur général Leclercq rend hommage à nos principes dans les termes suivants (1) :

« La chose réclamée dans ces cas n'est plus la voie publique à titre d'instrument de circulation et de communication : l'intérêt inhérent à ces réclamations n'est plus l'intérêt inhérent au service public de la voirie, à sa conservation ou à sa suppression à ce titre ; la chose réclamée est le sol même, abstraction faite du service public de la voirie ; l'intérêt inhérent à cette chose est l'intérêt inhérent au sol et au droit d'en disposer à sa volonté ; les parties engagées dans ces réclamations, État, provinces, communes, y sont engagées à titre de *propriétaires du sol*, abstraction faite du service public de la voirie, comme ayant respectivement disposé d'un terrain qui leur appartenait ou ne leur appartenait pas ; *ces réclamations portent donc sur des intérêts et des droits civils*, et les tribunaux sont compétents pour en connaître. C'est dans ce sens, relativement au sol de la voie publique considéré abstraction faite de ce service public, que l'État, la province, la commune sont respectivement *propriétaires des chemins généraux, provinciaux ou vicinaux*, qu'ils sont habiles à attraire en justice les particuliers qui en usurpent le sol, ou à y être attraits par les particuliers, comme se l'étant

(1) *Pas. B.*, 1867, I, 130, col. 2.

Digitized by Google

indûment approprié; *ils sont propriétaires de ces chemins en ce sens qu'ils sont propriétaires du sol* et que cette propriété, vinculée aussi longtemps que l'affectation au service public de la voirie subsiste, doit leur faire retour dès que cette affectation vient à cesser. »

Si ces principes sont vrais, ils sont exactement les mêmes, soit que la commune se trouve en lutte pour la propriété du sol avec de simples particuliers, soit qu'elle se trouve en conflit pour le même objet avec l'État général ou tout autre corps moral.

Il n'est donc pas exact d'enseigner qu'aucun droit privé ne peut exister au profit de la commune, de la province, de l'État, sur un immeuble de son domaine public, parce que ce dernier serait placé hors du commerce, à l'usage de tous. Nous l'avons observé plusieurs fois, ce serait là retourner contre le domaine public un principe consacré exclusivement en sa faveur.

236. Objectera-t-on avec M. Daru que les lois spéciales sur l'expropriation publique n'offrent pas assez de garanties? Dira-t-on aussi qu'un objet d'utilité publique secondaire ne peut être exproprié au profit d'un autre objet de plus haute utilité publique, avec les formalités ordinaires; que, n'étant pas dans le commerce, il n'a pas de valeur appréciable aussi longtemps qu'il conserve son caractère public?

Avec la réflexion, ces objections d'un ordre inférieur viennent aussitôt à tomber.

Il est certes infiniment préférable, pour les provinces et les communes, d'avoir la garantie des lois spéciales dont il s'agit que de ne pas en avoir du tout.

En second lieu, on oublie que la destination d'une chose publique est abolie de deux manières, soit expressément, soit implicitement. (Voy. nos 26, 184.) Or, dans l'espèce, peut-il exister d'abrogation tacite de l'usage plus concluante que celle naissant d'une loi de concession qui décrète l'emprise d'une partie de chemin vicinal pour la construction d'un canal ou d'un chemin de fer?

La nation et la commune se trouvent exactement dans la même situation respective, lorsque, pour la construction d'une station ou de travaux publics quelconques dans un but d'intérêt général, le gouvernement décide l'emprise d'une place publique, d'un réservoir ou d'une fontaine publique appartenant à la commune.

Dans tous ces cas, l'administration supérieure fait cesser la destination particulière de la chose publique. Par son décret d'emprise, elle fait rentrer la chose dans le commerce, *in pecuniâ civitatis;* la chose devient un bien ordinaire de la commune sous le rapport même de l'usage, et se trouve par conséquent assujettie aux règles et formalités des lois spéciales sur l'expropriation publique, de l'art. 545 du code civil et du texte de la constitution.

Ainsi, sous un double rapport, l'intérêt de la commune n'offre rien de public, et l'action judiciaire porte sur des droits et intérêts exclusivement privés.

L'administration supérieure a, comme puissance publique plus élevée, le droit incontestable et absolu de créer des travaux d'utilité publique, de diriger souverainement le service des chemins vicinaux ou de toute

Digitized by Google

autre chose publique, d'en supprimer même la destination. (Voy. nos 9, 17 et suiv.) Mais elle n'a pas celui de spolier les communes ou les provinces, d'incorporer d'office le sol des parties supprimées de leurs chemins dans le domaine public général de l'État, sans recourir aux formalités ordinaires de l'expropriation.

On ne pourrait concevoir la possibilité d'un droit aussi exorbitant que dans le système de centralisation, où le grand domaine public comprendrait virtuellement le petit et permettrait ainsi à la loi qui concède la construction d'un chemin de fer, etc., d'autoriser, par cela même, l'emprise de la propriété communale ou provinciale. Mais cette thèse est abandonnée depuis longtemps, parce qu'elle n'est pas soutenable; il est aujourd'hui bien reconnu que chaque subdivision de l'État possède son domaine public propre et distinct (voyez nos 9 et suiv.) (1).

Il faut donc appliquer ici tous les principes que nous avons développés dans notre premier chapitre (voyez nos 18 et suiv.), et reconnaître aux communes et provinces propriétaires les droits qui incombent même à de simples particuliers.

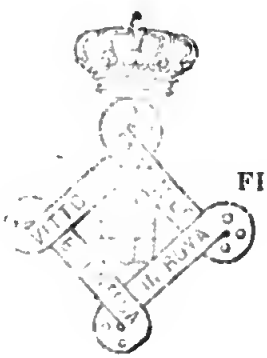
237. En supposant l'administration supérieure investie du pouvoir de déposséder les provinces et les communes en vertu de simples mesures administratives affranchies des formalités d'expropriation ordinaires, toujours est-il qu'elle sera astreinte aux principes de l'indemnité!

(1) *Junge* DALLOZ, vo *Voirie par terre*, no 568.

De ce chef, l'État ou son ayant cause pourra être attrait, au moins par action personnelle, devant les tribunaux compétents. Et la commune ou la province devra être non-seulement indemnisée de la valeur du sol empris, mais encore de tout préjudice direct et immédiat causé matériellement à ses intérêts *privés*, abstraction faite de la suppression de l'usage, de l'intérêt inhérent au service public.

Cette solution est basée sur l'art. 545 du code civil, sur l'article 11 de notre constitution et sur l'axiome d'éternelle justice « *Nemo ex alterius detrimento locupletior fieri potest.* » Elle est, en outre, approuvée par la généralité des auteurs et des arrêts (1).

(1) Voy. n° 22 ci-dessus, et les auteurs y cités ; DELMARMOL, *Traité de l'expropriation*, 2e édit., nos 87 et 88 ; DALLOZ, v° *Travaux publics*, nos 1174 et suiv., et les arrêts y cités ; SOURDAT, *Traité de la responsabilité*, nos 430 et suiv.; arr. cons. d'Etat, 15 mai 1858 ; etc.



FIN.

Digitized by Google

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS CE TRAITÉ,

ET CORRESPONDANT AUX NUMÉROS.

A

Accessoires des choses publiques. — Suivent la même nature que le sol, aussi longtemps qu'ils n'en sont pas détachés ou perçus, nos 222-230.

— Voy., en outre, les mots *Arbres, Eaux, Fruits utiles, Prix de concession.*

Actions des particuliers. — Contre l'administration, lorsqu'elle excède ses pouvoirs, lorsqu'elle attente à leur propriété privée, nos 18-23. — Contre l'administration, lorsqu'elle révoque une concession nouvelle ou ancienne, faite à titre onéreux ou moyennant des frais d'établissement dont l'État profite, nos 176 et 177. — Contre les autres particuliers qui les troublent dans l'exercice de leurs droits d'usage public, no 153. — Ces deux dernières actions ne sont pas possessoires ; elles ne peuvent consister qu'en dommages-intérêts, nos 153, 200-203, 141 et suiv.

Actions des provinces ou des communes. — Contre l'État, nos 232 et suiv.

Actions possessoires. — Voy. IMPRESCRIPTIBILITÉ.

Administration ou juridiction des choses publiques. — Diffère de l'administration des biens ordinaires de l'État, nos 5-10, 39 et 40, 221. — Diffère également des lois de police, nos 8, 10, 13 et 14, 17, 40, 188 et 189. — Ne doit pas être confondue avec la nation ou l'Etat, no 1. — C'est à elle, comme pouvoir indépendant, à créer, à constituer, à limiter les choses faisant partie du domaine public et à en régler les usages, nos 18-23, 40, 146, 190, 233 et suiv. — Différences entre le mode actuel d'administration et celui de l'ancien droit romain, nos 147-156. — Elle se distingue de la propriété et de l'usage des choses publiques, voy. Introduction et no 46.
— Voy. *Justice.*

Arbres. — Les arbres plantés sur le sol des chemins publics formaient anciennement l'objet d'un droit de plantation privé et prescriptible, qui se puisait dans la concession des régales mineures, nos 114-119. — Il en était de même pour les fruits des arbres, no 118. — L'ancien droit de plantation est aujourd'hui révocable et révoqué, nos 120-132. — Par exception aux principes, les lois modernes avaient d'abord concédé aux riverains la propriété des arbres plantés sur tous chemins publics; mais l'art. 7 de la loi du 9 ventôse an XIII et le décret du 16 décembre 1811 ont supprimé cette exception pour l'avenir, nos 121, 193, 226.
— Voy. *Accessoires.*

C

Canaux de navigation. — Nouveaux ou anciens, sont assimilés aux rivières publiques et ne peuvent jamais constituer de simples servitudes sur le sol d'autrui, nos 90, 95, 179-184.
— Voy. *Concession.*

Chemins (grands). — Font partie du domaine public, nos 94 et 95.
— Voy. *Chemins vicinaux* et *Régales.*

Chemins communaux ou ruraux. — Les chemins communaux, non classés parmi les chemins vicinaux, ne font pas partie du domaine public, nos 97, 215.

Chemins de fer publics. — Appartiennent au domaine public, nos 94 et 95.

Chemins vicinaux. — Font actuellement partie du domaine public municipal, nos 96, 97, 121, 235. — Ils étaient publics en droit romain, quand leur domaine était légalement constitué par acquisition ou par prescription, nos 98-103. — Ils étaient également publics, comme

les grands chemins, sous le droit coutumier et féodal; leur administration a seulement été contestée entre les seigneurs et les rois; elle a longtemps appartenu aux seigneurs, sauf la haute juridiction du roi, nos 59, 103-114.
— Voy. *Arbres*, *Expropriation publique* et *Servitudes de passage*.

Choses communes. — En quoi elles diffèrent complétement des choses publiques, nos 34 et 35, 37 et 38, 40 et 41, 43, 48, 50. — En quoi elles se ressemblent, nos 36, 51, 78.

Choses publiques. — Ne peuvent exister que par la volonté de la loi, nos 17, 94.
— Voy. *Choses communes*, *Domaine public*.

Cimetières. — Sont du nombre des choses publiques, appartiennent au domaine public municipal, nos 94 et 96. — Ne peuvent donc être grevés de servitudes, nos 178, 208.

Commerce (hors du). — Toutes les choses publiques sont mises hors du commerce, nos 195 et 196. — Pourquoi? no 44. — Comment, no 45.

Communes. — Voy. ACTIONS, ARBRES, CHEMINS VICINAUX, DOMAINE PUBLIC, EXPROPRIATION PUBLIQUE, SERVITUDES DE PASSAGE.

Compétence administrative. — Voy. ADMINISTRATION.

Compétence judiciaire. — Quelle est la compétence des tribunaux en matière de domaine public? nos 18 et suiv., 232 et suiv.
— Voy. *Action*.

Concession sur le domaine public. — Sa définition et sa nature, no 156. — Privilége contraire au principe des usages communs et gratuits, no 157. — Ses caractères en droit romain, nos 158-163. — Ses caractères sous l'ancien droit, nos 114-119, 149, 163-170. — Ses caractères en droit moderne, nos 120-132, 170-175. — Les concessions sont essentiellement révocables, nos 75 et 122. — Les anciennes concessions ne le sont pas moins aujourd'hui, nos 120 et suiv., 177, 178, 183. — En conséquence, les concessions nouvelles peuvent être supprimées sans expropriation et sans indemnité; l'indemnité n'est due que pour les déboursés et frais d'établissement dont l'Etat profite, nos 175 et 176; et il en est de même pour les anciennes concessions, nos 177, 178, 183. — Il faut appliquer ces principes à la concession de tous canaux et chemins publics, nos 179-184. — Si c'est en vertu du droit public que l'État concède, la concession et son prix se légitiment par le droit de propriété souveraine appartenant à la nation, nos 189 et 190, 228. — Les concessions tacites sont assimilées aux concessions expresses, nos 174 et 175. — Les concessions législatives, qui se rapportent souvent aux accessoires utiles de la chose publique, ne diffèrent pas des concessions administratives; elles ne peuvent toutefois être révoquées que par une loi, nos 117, 191-194, 226. — Il ne

faut pas confondre les concessions octroyées sur le domaine public avec les actes d'aliénation régulière de ce domaine, nos 184-187. — Il ne faut pas davantage les confondre avec les simples autorisations administratives, nos 187-190, 198. — Les simples servitudes de passage au profit des communes ne sont pas susceptibles des usages et concessions du droit public, nos 214 et 215.

Contrats et obligations du droit civil. — Les choses publiques n'en sont pas susceptibles, tant qu'elles conservent leur destination, nos 158, 197-200.

Cours d'eau non navigables ni flottables. — Ne font pas partie du domaine public; sont étrangers aux règles du droit public ; appartiennent au domaine privé depuis tout temps jusqu'à nos jours nos 132-140.

D

Domaine public. — Comporte deux acceptions bien différentes, nos 30 et 31, 39, 49, 79, 133. — Son historique, nos 4, 48 et suiv. — Sa définition et sa nature, nos 32 et 33. — Il diffère, autant que son administration, des droits de police, nos 32, 33, 39, 81. — De quoi il se compose, nos 15, 39, 94-97. — Il ne peut appartenir qu'à l'État général, à la province ou à la commune, nos 9, 15 et 16, 78, 87. — Il constitue et constituait anciennement la *propriété souveraine et inaliénable de la nation*, nos 23 et 24, 29, 42, 49-52, 74-93. — Comment il se constitue; possession et prescription, nos 17-20. — Comment il se décompose et se déconstitue, nos 23-29, 184, 236. — Ce qu'il devient après la cessation de sa destination publique, no 29. — Les choses publiques n'ont jamais appartenu aux seigneurs, à titre de domaine public, nos 54, 139. — Mais elles ont été envahies par le droit privé dans les premiers temps de la féodalité, avant les régales, nos 52, 56.
— Voy. *Régales*.

Domaine (grand et petit). — Voy. Régales.

E

Eaux publiques. — Les eaux qui coulent sur un fonds public sont publiques, no 225.
— Voy. *Accessoires, Rivières*.

Édifices publics. — Font partie du domaine public, nos 94 et 96.

Églises. — Font également partie du domaine public, nos 94 et 96.

Établissements publics. — Ne peuvent, pas plus que les particuliers, posséder de domaine public, nos 16, 87, 101.

État (ou nation). — Ne doit pas être confondu avec le gouvernement ou l'administration, n° 1. — L'État et le public pris en masse ne font qu'un, nos 92, 204. — Se subdivise en Etat général, provincial et communal, nos 9, 15, 232.

Étranger. — Est admis à jouir des choses publiques de la même façon que les regnicoles, nos 41. 93.

Expropriation publique. — Le domaine public en est-il susceptible? nos 232 et suiv.

F

Fruits et productions utiles des choses publiques. — Peuvent faire l'objet de concessions administratives ou législatives, nos 118, 191-193, 226.

— Voy. *Accessoires, Arbres, Concession, Régales.*

I

Imprescriptibilité. — Les choses publiques, chemins, rivieres, etc., ont toujours anciennement été imprescriptibles, nos 60 et suiv., 103 et suiv. — Il en est de même aujourd'hui, sans qu'il y ait à distinguer le tout de la partie, nos 28, 200-203. — L'Etat seul peut posséder et prescrire, nos 45, 101, 104, 127, 203 et 204.

J

Juridiction. — Voy. ADMINISTRATION.

Justice. — Peut intervenir dans sa sphere, quand le domaine public est en contact avec des intérêts privés; toutefois le pouvoir judiciaire et le pouvoir administratif sont indépendants, nos 18-23. — Il peut également intervenir quand le domaine public provincial ou communal est en conflit avec le domaine public général, nos 232 et suiv.

L

Lais et relais de la mer et mines. — Sont choses publiques avant leur aliénation, nos 94 et 95. — Leur aliénation ne constitue pas une concession proprement dite, nos 185 et 186.

Digitized by Google

M

Mines. — Voy. LAIS ET RELAIS DE LA MER. — Leur usage est interdit à tous avant la concession, n° 155.

O

Obligations. — Voy. CONTRATS.

P

Particuliers. — Ne peuvent posséder de domaine public, n°s 16, 45, 87, 101. — Leur possession est précaire, n°s 141 et suiv.

Plantation. — Voy. ACCESSOIRES, ARBRES.

Police (droits de). — Diffèrent des droits publics qui servent de base à l'administration des choses publiques, n°s 8, 10, 13 et 14, 17, 40, 188 et 189. — Diffèrent également de la propriété des choses publiques, n°s 32 et 33, 39, 81. — En quoi ils se distinguent de leur sanction pénale, n°s 11 et 12.

Ports, rades et havres. — Sont des choses publiques, n°s 94 et 95.

Possession et prescription. — Voy. CHEMINS VICINAUX, DOMAINE PUBLIC, IMPRESCRIPTIBILITÉ, PARTICULIERS.

Pouvoir judiciaire. — Voy. JUSTICE.

Prix de concession. — S'il est établi comme impôt en vertu des règles de droit public, il se légitime par le droit de propriété publique de l'État, 190. — Après sa perception, il tombe, comme les autres fruits et accessoires, dans le domaine ordinaire de l'État, n°s 190, 191, 227, 228.
— Voy. *Accessoires*, *Concession*.

Propriété des choses publiques. — Se distingue de l'usage sous plusieurs rapports, n°s 45-48, 140. — L'élément privé diffère de l'élément public, et quelles en sont les conséquences, n°s 7, 83-86, 189 et 190, 221, 233 et suiv. — Toutefois, ces deux éléments sont inséparables, n°s 85, 140. — La propriété ne peut, pas plus que l'usage, être envisagée comme droit de servitude, n°s 45, 87-92, 102, 127 et suiv., 179.
— Voy. *Domaine public*, *Régales*.

Public. — Le public pris en masse et l'État ne font qu'un, n°s 92, 204.

Digitized by Google

R

Régales (grandes ou petites). — Les choses publiques, rivières navigables, chemins, etc., faisaient anciennement partie des *régales* ou *domaines* des princes, nos 47, 52 et 53, 57 et 58, 109, 149, 163. — La propriété des princes n'existait que de nom; elle consistait plutôt en un droit de haute administration, nos 60-75, 111. — Les droits utiles naissant accessoirement des choses publiques étaient alors dans le commerce, à titre de *petites régales* ou de *petit domaine*, par opposition aux *grandes régales* ou au *grand domaine* de nature inaliénable et imprescriptible, nos 53 et 54, 60 et 61, 67-75, 109, 112 et 113, 149, 163.

Remparts et places de guerre. — Font partie du domaine public militaire, nos 94 et 95. — Etaient-ils anciennement dans le commerce et comment? n° 178.

Rivages de la mer. — Constituent des choses publiques, nos 94 et 95.

Rives d'un fleuve. — Ne sont pas des choses publiques; le droit de passage n'est pas même au fond un droit de servitude; c'est une simple obligation de voisinage attachée au droit de propriété publique des rivières navigables, n° 88.

Rivières publiques. — Font partie du grand domaine public, nos 94 et 95.

— Voy. *Régales*.

S

Seigneurs. — Il y avait deux espèces de seigneurs, les seigneurs *justiciers* et les seigneurs *féodaux*, nos 53 et suiv.

— Voy. *Chemins vicinaux, Domaine public (in fine)*.

Servitudes. — Ni la propriété, ni l'usage des choses publiques ne peuvent être considérés comme un droit de servitude.

— Voy. *Propriété, Usage*.

Servitudes de passage. — Ne peuvent jamais constituer un chemin public, à la différence des autres chemins communaux; ne peuvent être acquises par prescription au profit des communes; sont insusceptibles des concessions et usages publics, nos 89 et 90, 96, 102, 104 et suiv., 127 et suiv., 214 et 215.

— Voy. *Rives d'un fleuve*.

Servitudes naturelles ou légales. — Le domaine public en est affranchi passivement, mais il en jouit activement, nos 216-222. — Elles ne constituent pas de véritables servitudes, nos 88, 210.

Digitized by Google

Sol des choses publiques. — Est nécessairement public, nos 18, 85 et suiv., 103, 214, 222.

Souveraineté. — Quels sont ses éléments et son historique ? nos 2 et 3, 52 et suiv.

T

Théâtres. — Sont des choses publiques appartenant au domaine public municipal, nos 94, 96, 231.

U

Usage des choses publiques.—L'usage diffère de la propriété quoique inséparables, voy. *Propriété.* — Il est gratuit en principe, mais il peut être onéreux, nos 41, 156 et 157, 230 et 231. — Il ne peut, pas plus que la propriété, consister en droit réel de servitude; et, à cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer entre les usages conformes ou contraires, compatibles ou non avec la destination publique et principale de la chose, nos 145, 174, 205-214. — Les servitudes de passage au profit des communes ne sont pas susceptibles des droits et usages publics, nos 214, 215. — En général, et depuis tout temps, il se traduit en un droit public et commun, et ne fait rien acquérir de personnel, nos 141-146. — Toutefois, les usages publics ne sont plus aussi absolus qu'en droit romain, nos 77, 146. — Et il existe même certaines choses publiques dont l'usage n'offre rien de commun ou d'uniforme, nos 143, 154 et 155.

HAS
532,253

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

But du Traité 1

INTRODUCTION 5

CHAPITRE Ier. — De la juridiction ou de l'administration des choses publiques 7

CHAPITRE II. — De la propriété des choses publiques . . 50

SECTION I. — De leur nature. . . . . *ib.*

SECTION II. — Des choses diverses appartenant au domaine public 127

CHAPITRE III. — De l'usage des choses publiques. 197

§ 1. De l'usage proprement dit 198

§ 2. De la concession 214

CHAPITRE IV. — Des principaux caractères de la propriété publique 257

§ 1. De sa mise hors du commerce. . . . . *ib.*

§ 2. De son inapplicabilité aux contrats et obligations du droit civil 260

§ 3. De son inaliénabilité et imprescriptibilité. . . . 263

§ 4. De son affranchissement de servitudes et droits réels quelconques 268

§ 5. De son affranchissement des obligations légales, dites servitudes naturelles ou légales 287

§ 6. De son unité. 294

§ 7. De son usage gratuit ou onéreux. 294

§ 8. De son expropriation, ou des dommages qui lui sont causés 304

Table analytique des matières contenues dans ce Traité, et correspondant aux numéros 317

Digitized by Google

Digitized by Google

A.to VOLPARI
ROMA